



**UNIVERSITÀ**  
DEGLI STUDI DELLA  
**TUSCIA**

**Università degli Studi della Tuscia di Viterbo**

**Dipartimento di Studi linguistico-letterali, storico-filosofici e giuridici**

**Corso di Dottorato di Ricerca in**

**DIRITTO DEI MERCATI EUROPEI E GLOBALI. CRISI, DIRITTI E  
REGOLAZIONE - XXXIV ciclo**

**IL MERCATO DEI CONTRATTI PUBBLICI TRA LA TUTELA DELLA  
CONCORRENZA E L' ESERCIZIO DELLA DISCREZIONALITÀ  
AMMINISTRATIVA**

Settore scientifico-disciplinare  
Ius/10

**Tesi di dottorato di:**  
Dott. ssa Alessandra Coiante

**Coordinatore del corso**  
Prof. Carlo Sotis

**Tutore**  
Prof. Alessandro Sterpa

**A.A. 2020/21**

## INDICE

*pag.*

|                                                                 |          |
|-----------------------------------------------------------------|----------|
| <i>Introduzione e delimitazione del campo di indagine .....</i> | <i>5</i> |
|-----------------------------------------------------------------|----------|

### CAPITOLO I

#### LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NELLA COSTITUZIONE ITALIANA E LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE COME ACQUIRENTE NEL MERCATO

|                                                                                                                                                                                          |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. La concorrenza e le sue dimensioni: premesse ricostruttive.....                                                                                                                       | 11 |
| 2. Il mercato nella Costituzione italiana: la Costituzione economica e l'art.<br>41 Cost. ....                                                                                           | 17 |
| 2.1. La tutela della concorrenza nella Costituzione: dal riconoscimento<br>della libertà di iniziativa economica privata all'affermazione del<br>principio della libera concorrenza..... | 29 |
| 2.2. Le “potenzialità concorrenziali nascoste” dell'art. 41 Cost. ....                                                                                                                   | 38 |
| 3. Il ruolo della Pubblica amministrazione nel mercato .....                                                                                                                             | 41 |
| 3.1. segue: La Pubblica amministrazione come acquirente nel mercato:<br>La procedura di gara come “micro-mercato” e lo Stato “banditore” ...                                             | 45 |
| 3.2. L'esercizio del potere discrezionale e la concorrenza per il mercato:<br>premessa e rinvio .....                                                                                    | 52 |

### CAPITOLO II

#### IL MERCATO DEI CONTRATTI PUBBLICI TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA ED ESERCIZIO DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

#### SEZIONE I

#### L'EVOLUZIONE DEL QUADRO NORMATIVO E I PRINCIPI GENERALI DELLA MATERIA

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La tutela della concorrenza nell'evidenza pubblica: premessa .....                                                | 61  |
| 2. L'evidenza pubblica e la concezione contabilistica.....                                                           | 63  |
| 2.1. La tutela della concorrenza, le prime direttive UE e il loro recepimento .....                                  | 66  |
| 2.2. Le direttive del 2004 e il Codice “de Lise” .....                                                               | 73  |
| 2.3. Le direttive del 2014 e il “nuovo” Codice dei contratti pubblici ..                                             | 80  |
| 2.3.1. La tumultuosa incertezza delle (nuove) riforme: c'è ancora un Codice dei contratti pubblici? .....            | 86  |
| 3. Il ruolo dei principi (nel diritto amministrativo) e nell'evidenza pubblica .....                                 | 94  |
| 3.1. Il valore dei principi generali nelle direttive europee: la tutela della concorrenza e i “nuovi principi” ..... | 95  |
| 3.2. I principi generali nel Codice dei contratti pubblici: l'art. 30 c.c.p. ....                                    | 103 |
| 3.2.1. I principi applicabili alla fase di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici .....                  | 107 |
| 3.2.2. I principi applicabili alla “sola” fase di affidamento: la tutela della concorrenza e i suoi corollari .....  | 109 |

## SEZIONE II

### LA CONCORRENZA PER IL MERCATO E L'ESERCIZIO DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA: PREMESSE PER UNO SGUARDO D'INSIEME

|                                                                                                                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. La concorrenza per il mercato e l'esercizio della discrezionalità amministrativa nel mercato dei contratti pubblici tra ordinamento interno e comunitario. Un confronto..... | 113 |
| 2. La tutela della concorrenza come limite alla discrezionalità amministrativa?: premessa e rinvio .....                                                                        | 120 |
| 3. Il Giudice amministrativo quale giudice dell'economia e la tutela della concorrenza per il mercato: premessa e rinvio .....                                                  | 123 |

## CAPITOLO III

### IL “MICRO-MERCATO” TRA CONCORRENZA E DISCREZIONALITÀ

#### SEZIONE I

## IL PROCEDIMENTO AD EVIDENZA PUBBLICA TRA CONCORRENZA E DISCREZIONALITÀ. CASISTICA E SPUNTI DI ANALISI.

|                                                                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Il micro-mercato tra concorrenza e discrezionalità: premessa.....                                                                                                                     | 129 |
| 2. L'esercizio (decrescente) del potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici nelle procedure ad evidenza pubblica .....                                                    | 130 |
| 3. La scelta della procedura tra concorrenza e discrezionalità .....                                                                                                                     | 134 |
| 3.1. La garanzia della concorrenza davanti alle nuove riforme e i riflessi sulla discrezionalità: a) le deroghe alle procedure sopra-soglia comunitaria.....                             | 144 |
| 3.1.2. segue: b) le deroghe alle procedure sotto-soglia .....                                                                                                                            | 150 |
| 3.1.3. segue: La concorrenza e la discrezionalità davanti all'emergenza Covid-19. Uno sguardo d'insieme.....                                                                             | 153 |
| 4. La scelta dei criteri di aggiudicazione. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità della stazione appaltante.....                                  | 159 |
| 5. I requisiti di partecipazione tra tutela della concorrenza e discrezionalità: breve premessa .....                                                                                    | 163 |
| 5.1. segue: L'esempio delle cc.dd. clausole di territorialità nei bandi di gara .....                                                                                                    | 168 |
| 5.1.2. segue: I più recenti orientamenti del giudice amministrativo tra concorrenza, discrezionalità e proporzionalità .....                                                             | 170 |
| 6. L'istituto del subappalto e la transizione verso l'eliminazione della quota massima subappaltabile tra normativa europea e normativa interna, tra concorrenza e discrezionalità ..... | 181 |

## SEZIONE II

### L' "INCONTRO" TRA LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E LA CONCORRENZA PER IL MERCATO NELLA TUTELA DELLE PMI

|                                                                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. L'importanza e la tutela delle PMI negli interventi dell'UE: dallo <i>Small Business Act</i> agli interventi più recenti nell'ambito dei contratti pubblici ..... | 194 |
| 1.1. L'accesso delle PMI ai contratti pubblici nel mercato UE: alcuni dati .....                                                                                     | 202 |
| 2. La suddivisione degli appalti in lotti tra normativa UE e normativa interna .....                                                                                 | 212 |
| 2.1. L'art. 51 c.c.p. tra discrezionalità amministrativa e tutela della concorrenza .....                                                                            | 221 |

|                                                                                                                                                      |         |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 2.1.1. <i>segue</i> : la suddivisione in lotti quale scelta di natura discrezionale .....                                                            | 225     |
| 2.2. Il Giudice amministrativo e il sindacato sulla motivazione in merito alla mancata o cattiva suddivisione dell'appalto in lotti. Casistica ..... | 228     |
| 2.3. La suddivisione degli appalti in lotti: “la chiave di volta” che non risolve .....                                                              | 238     |
| <br><i>Considerazioni finali</i> .....                                                                                                               | <br>242 |
| <br>Bibliografia .....                                                                                                                               | <br>255 |

### *Introduzione e delimitazione del campo d'indagine*

Il presente lavoro di ricerca intende analizzare alcune delle dinamiche legate all'interazione e alla coesistenza della concorrenza (intesa principalmente come concorrenza *per il mercato*)<sup>1</sup> con il potere della pubblica amministrazione (in specie discrezionale) all'interno del mercato dei contratti pubblici.

I principali quesiti a cui si tenterà di rispondere, analizzando l'attuale contesto normativo-giurisprudenziale nazionale ed europeo, sono i seguenti: che ruolo ha, ad oggi, la concorrenza nel mercato dei contratti pubblici? In che modo la concorrenza e la discrezionalità amministrativa costituiscono il fulcro di questo mercato? Quali sono le loro principali interazioni e quali i nodi problematici? In che modo interagiscono con il ruolo del legislatore? Che ruolo assumono nel dibattito sull'inefficienza del mercato dei contratti pubblici?

A fondamento del presente lavoro di ricerca vi è, anzitutto, l'analisi dell'evoluzione del ruolo detenuto dalla concorrenza, in primo luogo, nell'ordinamento nazionale e, in secondo luogo, all'interno di una precisa disciplina e di uno specifico mercato, ossia quello dei contratti pubblici.

A tal proposito, il primo capitolo è teso a fornire un inquadramento generale del contesto ordinamentale in cui si andranno ad inserire le tematiche e le problematiche che verranno analizzate nei capitoli successivi.

In primo luogo, verrà esaminata l'evoluzione, a livello costituzionale, del concetto di concorrenza e, in secondo luogo, il ruolo della pubblica amministrazione nel mercato.

---

<sup>1</sup> La ricerca è stata infatti circoscritta all'analisi di una precisa "dimensione" della concorrenza, c.d. concorrenza *per il mercato* e a come il potere della pubblica amministrazione (in specie discrezionale) si relaziona ad essa nel delimitare l'accesso ai singoli micro-mercati che sono le procedure ad evidenza pubblica. Nel primo capitolo, infatti, si è messa in luce una fondamentale specificazione del concetto di concorrenza. Data l'assenza di una precisa definizione del concetto di concorrenza (sia a livello economico che normativo) si è infatti inteso porre a fondamento del lavoro di ricerca, più che una precisa definizione, una "dimensione" della concorrenza per la cui individuazione si deve il merito, in particolare, alla Corte costituzionale. Quest'ultima, nel prezioso tentativo di fornire una nozione di concorrenza quanto più possibile flessibile e adattabile alle diverse "sfumature" che la stessa è andata via via ad assumere all'interno dell'ordinamento, ha compiuto un *distinguo* tra concorrenza "nel mercato" e concorrenza "per il mercato" facendo rientrare nella prima "dimensione" tutte quelle misure tese ad aprire e liberalizzare i mercati in una visione macro-economica e riconducendo, invece, alla seconda tutti quegli strumenti (anche procedurali) e quelle previsioni idonee a garantire la più ampia apertura del mercato a tutti gli attori economici operanti nello stesso e a favorirne la partecipazione in condizioni di parità. Per tali profili definitivi si v. *infra* al Cap. I, par. I.

Si partirà dalla concezione di mercato presente in Costituzione, dalla genesi dell'art. 41 Cost. e dai mutamenti successivi dovuti al necessario adeguamento ai principi UE: si darà atto di come tale disposizione si sia confrontata con il processo di integrazione europea che ha portato con sé l'obbligo, per i singoli Stati membri, di fare propri i principi della c.d. Costituzione economica europea, primo fra tutti quello di «*un'economia di mercato aperto e in libera concorrenza*», principio che, almeno a prima vista, secondo parte della dottrina, non appariva riconosciuto né tutelato all'interno della Carta costituzionale.

La seconda necessaria premessa – contenuta sempre nel primo capitolo – riguarda, come accennato, il ruolo della pubblica amministrazione all'interno del mercato e, in particolare, il suo ruolo di acquirente di beni, servizi, lavori in qualità di “Stato banditore”<sup>2</sup>.

Si farà riferimento, in particolare, alla dimensione “micro” della concorrenza, ove la pubblica amministrazione può essere considerata come un agente che crea artificialmente un mercato in relazione al singolo atto di scambio al quale sono interessate una pluralità di controparti (c.d. concorrenza *per il mercato*)<sup>3</sup>; mentre, nella dimensione “macro”, come un agente che opera “nel mercato” e ne può condizionare il funzionamento in diversi modi<sup>4</sup> (c.d. concorrenza *nel mercato*).

Si cercherà quindi di analizzare il ruolo del potere pubblico all'interno del mercato ed in particolare del potere (discrezionale) che l'amministrazione esercita nel momento in cui “dirige” l'accesso al mercato. Tale ambito di analisi verrà poi circoscritto all'esercizio del potere discrezionale nel mercato dei

---

<sup>2</sup> M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001.

<sup>3</sup> M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2016, e anche in *Astrid-online.it*, 19, 2015.

<sup>4</sup> Ad esempio, può assumere la veste di produttore diretto di beni e servizi fruibili da parte dei cittadini, talora gratuitamente, talora dietro il pagamento di un corrispettivo (tramite imprese pubbliche o direttamente con strutture operative interne agli apparati). Può offrire ai privati l'utilizzo di risorse (scarse) di proprietà pubblica, come il demanio (tramite lo strumento della concessione). Può sostenere finanziariamente le imprese attraverso sovvenzioni pubbliche, sempre nel rispetto dei parametri posti dalla disciplina europea in materia di aiuti di Stato. Può svolgere anche un ruolo, che è quello che qui specificamente interessa, di grande acquirente e utilizzatore di beni e servizi prodotti ed erogati da imprese operanti sui vari mercati. Si v. M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 511 ss. Sul ruolo della pubblica amministrazione nel mercato si rinvia ai parr. 3 ss. del capitolo I.

contratti pubblici, ossia al momento in cui l'amministrazione definisce le regole della concorrenza per il mercato che andranno a delimitare e a "cristallizzare" i singoli "micro-mercati" che sono le procedure di gara.

Sulla base delle premesse fornite nel primo capitolo, anche il secondo capitolo avrà una funzione di inquadramento generale: in particolare, nella prima sezione, si darà conto dell'evoluzione storico-legislativa del valore e del ruolo della concorrenza nelle procedure ad evidenza pubblica.

Si cercherà di evidenziare il superamento della matrice c.d. "contabilistica" che caratterizzava la normativa nazionale sulla contabilità dello Stato<sup>5</sup>: nel porre una disciplina dei pubblici incanti, la normativa nazionale, infatti, 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 nell'ambito delle procedure per l'affidamento del contratto<sup>6</sup>.

Da qui si proseguirà nell'*excursus* storico-normativo che ha portato all'adozione delle direttive cc.dd. di "terza" e "quarta" generazione (ossia i pacchetti di direttive del 2004 e del 2014).

Si cercherà poi di mettere in luce, attraverso l'analisi delle diverse "stagioni della concorrenza", come il recepimento della normativa UE (nei "Codici" dei contratti pubblici) abbia cambiato l'assetto della disciplina e, più in generale, della tutela della concorrenza anche nell'ordinamento interno.

All'interno di tale *excursus* si cercherà di analizzare poi anche la complessità del sistema normativo che fonda la materia dei contratti pubblici e i suoi continui mutamenti, così da evidenziare il ruolo che, in tale mercato, detiene il legislatore, il quale, nell'ottica di un'asserita semplificazione, non fa altro che modificare la disciplina rendendola sempre più frammentata, sempre meno comprensibile non solo per gli operatori e gli interpreti ma anche per le stesse amministrazioni che sono chiamate ad applicarla. Tale aspetto verrà

---

<sup>5</sup> Ci si riferisce alla disciplina contenuta nel r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e nel regolamento attuativo approvato con r.d. 23 maggio 1924, n. 824 che hanno costituito per molti decenni la base normativa fondamentale del sistema dei "pubblici incanti" e per la cui analisi si rinvia al capitolo II, sezione I.

<sup>6</sup> M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, op. cit., 263 ss.

approfondito, in particolare, con riferimento alle riforme intervenute negli ultimi anni.

La seconda sezione del secondo capitolo, invece, è destinata ad inquadrare, a livello generale, alcune delle interazioni tra la tutela della concorrenza e l'esercizio della discrezionalità amministrativa nel mercato dei contratti pubblici che faranno da “cornice” alla successiva trattazione.

Si confronteranno anzitutto due diversi approcci “culturali” alla materia: quello nazionale, da un lato, e quello dell'UE, dall'altro, per evidenziare come il primo si sia andato ad intersecare con il secondo.

Si esaminerà, da un lato, l'approccio nazionale, ancora spesso influenzato dalla visione c.d. contabilistica e dalla connessa necessità di imporre un fitto reticolo di regole teso a “legare le mani” all'amministrazione, secondo lo schema regolatorio del “*command and control*”; e, dall'altro, invece, l'approccio UE, teso a garantire la massima apertura del mercato dei contratti pubblici alla concorrenza, attraverso proprio l'aumento dei margini di discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici.

In altre parole, si vedrà come l'approccio pro-concorrenziale dell'UE sia fondato sulla convinzione che la discrezionalità, se esercitata in modo corretto, possa costituire un valore, in quanto consente di individuare la soluzione contrattuale migliore tenendo conto delle circostanze del caso concreto.

Tale visione, tuttavia, nel corso del tempo, si è scontrata con quella nazionale che, invece, condizionata dalla sfiducia nell'integrità morale delle stazioni appaltanti e delle imprese – accentuatasi dopo gli scandali dei primi anni '90 e (forse) mai superata, neanche dopo l'intervento dell'UE – tende, come detto, a porre rigide regole al fine di prevenire il rischio di una gestione non trasparente e corretta delle procedure di gara.

Si analizzerà quindi questa dinamica di “divergenza” tra le regole di derivazione europea (che tendono a lasciare alle amministrazioni maggiori spazi di valutazione e di flessibilità) e le regole “interne” che potrebbero definirsi come “ibride” in quanto, da un lato, hanno tentato di adeguarsi

all’approccio e alla normativa europea, dall’altro, sono risultate “figlie” del retaggio della tradizione nazionale.

Altro legame tra concorrenza e discrezionalità che verrà inquadrato nel capitolo II, e poi analizzato nel proseguo del lavoro, è quello che vede la concorrenza divenire limite della stessa discrezionalità esercitata dalle amministrazioni aggiudicatrici nel momento in cui vanno a stabilire i confini del micro-mercato attraverso la determinazione della *lex specialis*. Tale correlazione può essere esemplificata richiamando le parole del giudice amministrativo, secondo cui «*la discrezionalità della stazione appaltante si può spingere fino a ridurre la platea dei potenziali concorrenti, sempre che tale scelta non sia irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda quindi ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto*»<sup>7</sup>.

A tale discorso si ricollegherà, inevitabilmente, il ruolo del Giudice amministrativo quale giudice della concorrenza (per il mercato) e quale garante della tutela della stessa all’interno dei singoli micro-mercati che sono le procedure di gara. Anche su tale questione si intende fornire, all’interno del secondo capitolo, principalmente un quadro generale e rimandare al successivo capitolo l’analisi dei connessi riscontri applicativi.

Una volta analizzata in generale la disciplina della concorrenza e alcune delle interazioni con la discrezionalità amministrativa all’interno del mercato dei contratti pubblici, nella prima sezione del terzo capitolo, verranno esaminate le loro connessioni all’interno dell’attuale disciplina del procedimento ad evidenza pubblica, attraverso alcuni passaggi o istituti “chiave” (ai fini che qui interessano), così da fornire un riscontro pratico di quanto esaminato, a livello generale, nei capitoli precedenti.

---

<sup>7</sup> Così, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 284; Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2020, n. 1484; Id., sez. V, 26 giugno 2017, n. 3110; Id., sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440.

La seconda sezione del terzo capitolo è invece dedicata all' "incontro" tra la discrezionalità amministrativa e la concorrenza per il mercato nella tutela delle piccole e medie imprese (PMI) e come "terreno di incontro" verrà analizzato il travagliato istituto della suddivisione degli appalti in lotti, considerato l'istituto "chiave" nella garanzia dell'accesso al mercato di tali categorie di imprese.

Si cercherà, dunque, di rispondere ai seguenti quesiti: quanto sono rilevanti le PMI per il mercato nazionale ed europeo (e quanto per quello dei contratti pubblici)?; In che modo l'incidenza pro-concorrenziale dell'UE nei confronti delle PMI è stata recepita all'interno dell'ordinamento nazionale?; Quali sono le principali difficoltà riscontrate da tali imprese nell'accesso al mercato dei contratti pubblici?; In che modo la garanzia dell'accesso alle PMI al mercato dei contratti pubblici incontra il rapporto tra la concorrenza per il mercato e l'esercizio della discrezionalità amministrativa?

A livello più generale, nel corso della trattazione si cercherà poi di mettere in luce, attraverso l'analisi delle più recenti riforme, anche le attuali tendenze del legislatore sia nei confronti della discrezionalità che della concorrenza.

## CAPITOLO I

### LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NELLA COSTITUZIONE ITALIANA E IL RUOLO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE COME ACQUIRENTE NEL MERCATO

SOMMARIO: 1. La concorrenza e le sue dimensioni: premesse ricostruttive. – 2. Il mercato nella Costituzione italiana: l'art. 41 Cost e la Costituzione economica. – 2.1. La tutela della concorrenza nella Costituzione: dal riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata all'affermazione del principio della libera concorrenza. – 2.2. Le "potenzialità concorrenziali nascoste" dell'art. 41 Cost. – 3. Il ruolo della Pubblica amministrazione nel mercato. – 3.1. La Pubblica amministrazione come acquirente nel mercato: la procedura di gara come "micro-mercato" e lo Stato "banditore". – 3.2. L'esercizio del potere discrezionale della p.a. e la concorrenza per il mercato: premessa e rinvio.

#### *1. La concorrenza e le sue dimensioni: premesse ricostruttive*

A fondamento del presente lavoro di ricerca, vi è anzitutto l'analisi dell'evoluzione del concetto di concorrenza: in primo luogo, in generale all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano e, in secondo luogo, all'interno di una precisa disciplina e di uno specifico mercato, ossia quello dei contratti pubblici.

Quando si parla di concorrenza, tuttavia, occorre tenere presente che non vi è una definizione univoca di tale termine<sup>8</sup>, non solo a livello economico ma anche a livello normativo.

È noto, infatti, che né l'ordinamento europeo, né quello italiano, nel tutelare la concorrenza, si siano mai preoccupati di dare una definizione normativa di questo concetto<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> La teoria economica classica intendeva la concorrenza come un processo di mercato ove si sviluppa la rivalità tra vari attori commerciali, all'interno di mercati aperti e privi di ostacoli che impediscono o rendono difficoltoso l'accesso. In un siffatto contesto la dinamica degli scambi produce distorsioni della concorrenza solo se posizioni di vantaggio (anche se legittimamente acquisite) vengono istituzionalizzate e sottratte «agli stimoli naturali generati dal gioco della concorrenza stessa» Così F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2001, 13 ss.

<sup>9</sup> Ciò sarebbe avvenuto in quanto la nozione di concorrenza sarebbe implicitamente sempre stata data per «autoevidente» Così, M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, 3.

Per tali ragioni, la nozione di concorrenza viene quindi spesso intesa in modi molto differenti che rendono difficile ricavare dal senso comune o dalla cultura generale una nozione univoca, semplice ed evidente<sup>10</sup>.

Pertanto, si cercherà di inquadrarne, più che una precisa definizione, “le dimensioni” che sono qui di interesse e che verranno approfondite nel corso del lavoro.

In primo luogo, verrà analizzata l’idea di mercato presente in Costituzione, la struttura della c.d. Costituzione economica e la portata normativa dell’art. 41 Cost., a più di settant’anni dalla sua approvazione.

Si darà atto di come tale disposizione si sia confrontata con il processo di integrazione europea che ha portato con sé l’obbligo, per i singoli Stati membri, di fare propri i principi della c.d. “Costituzione economica europea”, primo fra tutti quello di *«un’economia di mercato aperto e in libera concorrenza»*, principio che, almeno a prima vista, non appariva riconosciuto né tutelato all’interno della Carta costituzionale.

I principi posti a fondamento dell’idea di mercato dell’UE, oltre a quelli già richiamati, ad oggi, possono essere rintracciati, in gran parte, nell’art. 3 TUE dove viene previsto che l’Unione europea si adoperi per lo sviluppo sostenibile dell’Europa basato, *inter alia*, su *«un’economia sociale di mercato fortemente competitiva»*<sup>11</sup> e, dunque, su un sistema che sebbene riconosca il libero mercato

---

<sup>10</sup> Così ancora M. LIBERTINI, ult. op.cit. ove l’A. esemplifica tale concetto richiamando la fondamentale differenza tra una concezione della concorrenza come “struttura del mercato” (più concorrenza sta a significare più operatori presenti nel mercato) e una concezione della concorrenza come processo dinamico (più concorrenza come maggior flusso di innovazioni, indipendentemente dal fatto che gli operatori siano molti o pochi).

<sup>11</sup> Art. 3 TUE: *«L’Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico»*. Sulla formula “economia sociale di mercato” si veda *ex multis*: M. LIBERTINI, *Relazione generale. Concorrenza tra imprese e concorrenza tra Stati*, in *Unione Europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra Stati*, a cura di P. MONTALENTI, Milano, 2016, 1 ss., l’Autore, nei termini che seguono, riassume le caratteristiche della c.d. “ESM” in quattro punti fondamentali che sono: *«(i) l’economia di mercato, caratterizzata dalla concorrenza fra imprese, costituisce il sistema migliore che l’umanità abbia mai sperimentato, sulla via del benessere economico e della libertà delle persone; tuttavia, l’economia di mercato concorrenziale, presenta – secondo l’ESM – due limiti strutturali e funzionali; (ii) l’idea di base della superiorità dell’economia di libero mercato è, infatti, immediatamente corretta da un’altra idea: la concorrenza fra imprese è un meccanismo che tende ad essere autodistruttivo, nel senso che i meccanismi di mercato, lasciati alle libere negoziazioni*

come suo caposaldo, tende anche a garantire un certo grado di equità sociale, indispensabile affinché i singoli individui siano in grado di operare liberamente e in condizioni di pari opportunità (anche) all'interno del mercato<sup>12</sup>.

Nei paragrafi seguenti si intende, dunque, ripercorrere l'*excursus* che ha visto tali principi andarsi ad innestare nella "originaria" Costituzione economica e verificare se e come si siano inseriti, nelle maglie dell'art. 41 Cost.

Con l'entrata in vigore dei Trattati europei si è realizzata, infatti, una sorta di "rivoluzione copernicana" che non ha visto la piena sostituzione del modello di "economia mista" con un modello pienamente liberistico, bensì, piuttosto a un modello dirigistico fondato sul protagonismo degli Stati sovrani, si è sostituita la scelta della già richiamata "economia sociale di mercato", in cui il potere pubblico non ha più (o meglio, non ha solo) il compito di proteggere le imprese sul mercato, bensì quello più ampio di tutelare e proteggere il mercato stesso e di intervenire "in suppleanza" al fine di correggere eventuali insufficienze<sup>13</sup>.

In relazione a tale doverosa ricostruzione, come si vedrà, verranno in rilievo le "dimensioni" della concorrenza che faranno da struttura portante all'intero lavoro di ricerca, per la cui individuazione si deve il merito alla Corte costituzionale.

Quest'ultima, infatti, nel corso del tempo, ha tentato di fare da "collante" tra le disposizioni costituzionali in materia economica e i principi di derivazione comunitaria, nel prezioso tentativo di fornire una nozione di concorrenza quanto più possibile flessibile e adattabile alle diverse

---

*fra imprenditori, tendono ad irrigidire le posizioni di potere di mercato acquisite da alcune imprese e a dare luogo alla creazione di cartelli e monopoli; (iii) il mercato è lo strumento principale per assicurare alle persone i beni e i servizi di cui sentono effettivamente il bisogno; tuttavia, esso non è in grado di assicurare alle persone tutti i beni di cui esse hanno bisogno per una elevata qualità della vita: alcuni di questi beni dovranno essere pur sempre assicurati dal potere pubblico. (iv) l'ESM postula un ruolo forte dello Stato, ma un ruolo molto diverso da quello degli Stati dirigisti: compito dello Stato non è quello di proteggere e di guidare questa o quella impresa (anzi deve astenersi del tutto dal fare ciò), bensì quello di far funzionare bene i mercati e di garantire un alto livello di offerta di beni e di servizi pubblici, secondo un criterio di sussidiarietà orizzontale».* Sul tema si veda anche R. DICKMANN, *L'articolo 3 del trattato sull'unione e la politica economica europea*, in *Federalismi.it*, 2013, secondo cui ogni paese che possa definirsi come democratico possiede «un'economia di mercato a vocazione sociale (o anche solidale, parola che penso evidenzii il profilo dinamico del concetto di "sociale")».

<sup>12</sup> A. FUMAGALLI, *Economia sociale di mercato*, *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, 2012.

<sup>13</sup> Così ancora M. LIBERTINI, *ult. op.cit.*, 512.

“dimensioni” che la stessa è andata via via ad assumere all’interno dell’ordinamento.

Come verrà meglio approfondito nei paragrafi a seguire, il Giudice delle leggi, sebbene in alcune più risalenti decisioni abbia qualificato la concorrenza quale «*valore basilare della libertà di iniziativa economica*»<sup>14</sup> e come “libertà” che integra «*la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori*»<sup>15</sup>, nella più recente giurisprudenza, invece, ha favorito una dimensione più ampia delle suddette nozioni, proprio sulla base dei principi e delle influenze comunitarie<sup>16</sup>.

In tal senso, la Corte ha affermato, a più riprese, che «*dal punto di vista del diritto interno la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario*» e, a tal fine, ricomprende non solo interventi regolativi ma anche misure *antitrust* e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza<sup>17</sup>.

Tali misure si specificherebbero in: a) interventi regolatori dello Stato che incidono sulla concorrenza, quali le misure legislative di tutela in senso proprio, sia di contrasto agli atti ed ai comportamenti delle imprese che incidano negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati, sia di disciplina dei relativi strumenti di controllo; b) misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l’apertura, eliminando o riducendo barriere all’entrata e vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche.

---

<sup>14</sup> Corte cost. n. 240 del 1990.

<sup>15</sup> Corte cost. n. 223 del 1982.

<sup>16</sup> Sullo sviluppo dell’intervento della Corte ai fini della definizione della concorrenza v. M. MIDIRI, *Tutela della concorrenza e giurisdizione*, Napoli, 2018, 49 ss.

<sup>17</sup> Il *leading case* di tale definizione è la pronuncia n. 14 del 13 gennaio del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, con note di A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di tutela della concorrenza*, ivi, 259 ss.; di G.P. DOLSO, *Tutela dell’interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza*, ivi, 265, di C. BUZZACCHI, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, ivi, 277. Le sentenze della Corte con profili definitori in tema di concorrenza sono sterminate, per ricordarne alcune: Corte cost. n. 272 del 2004; Id., n. 345 del 2004; Id., n. 336 del 2005; Id., n. 80 del 2006; Id., n. 401 del 2007; Id., 430 del 2007; Id., n.63 del 2008; Id., n. 160/ del 009; Id., n. 45 del 2010 n. 270 del 2010; Id., n. 325 del 2010; Id., n. 339 del 2011; Id., n.200 del 2012; Id., n. 291 del 2012; Id., n. 171 del 2013; Id., n. 94 del 2014; n. 125 del 2014.

Da tale *distinguo* può compiersi un'ulteriore specificazione: le misure di cui alla lettera a), corrisponderebbero alle c.d. misure *antitrust* tese a regolare sia i comportamenti delle imprese operanti nel mercato, sia le modalità di controllo del mercato stesso<sup>18</sup>; le misure legislative di promozione di cui alla lettera b), invece, sarebbero quelle tese a tutelare sia la c.d. concorrenza “nel mercato”, sia la c.d. concorrenza “per il mercato”<sup>19</sup>.

Nella prima ipotesi (c.d. concorrenza “nel mercato”) l'obiettivo viene raggiunto attraverso misure tese all'apertura del mercato e alla liberalizzazione dello stesso, nella seconda ipotesi (c.d. concorrenza “per il mercato”), invece, attraverso la predeterminazione di procedure e strumenti idonei a garantire la più ampia apertura del mercato a tutti gli attori economici operanti nello stesso e a favorirne la partecipazione in condizioni di parità.

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, guardando al tema della ricerca, 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<sup>20</sup>.

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

---

<sup>18</sup> Su queste tematiche si v. *ex multis* A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007.

<sup>19</sup> Sui rapporti tra concorrenza nel mercato e per il mercato si v. anche Corte cost. n. 401 del 2007 ove definisce concorrenza “per” il mercato quella che impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali. Ciò, tuttavia, non sta a significare che nello stesso settore degli appalti, soprattutto relativi ai servizi a rete, non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza “nel” mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese (par. 6.7).

<sup>20</sup> Così A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2012, 59.

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*).

Tale distinzione è utile, ai fini che qui interessano, proprio per delimitare il campo di ricerca che sarà circoscritto proprio a questa ultima “dimensione” della concorrenza e a come il potere della Pubblica amministrazione si relaziona ad essa nel peculiare mercato dei contratti pubblici.

L’indagine che verrà portata avanti nei capitoli seguenti, infatti, non avrà ad oggetto la tutela della concorrenza nella sua “dimensione” *antitrust*, né verranno in risalto le dinamiche di liberalizzazione dei mercati (se non trasversalmente a fronte dell’influenza dell’UE nel mercato stesso), bensì verrà approfondito il ruolo della concorrenza per il mercato, come la stessa venga tutelata e garantita all’interno del mercato dei contratti pubblici e le sue interazioni con il potere amministrativo (in specie discrezionale) nella regolazione dell’accesso al mercato.

A tal fine, occorre individuare un’ulteriore (duplice) “dimensione” della concorrenza che si lega a quella anzidetta come se fossero facce della stessa medaglia, ossia quella che differenzia la concorrenza nella sua visione più generale, c.d. “macro” e in quella, più particolare, c.d. “micro”.

Come più attenta dottrina ha osservato<sup>21</sup>, alla prima dimensione deve essere ricondotta l’incidenza dell’azione pubblica sul funzionamento generale dei mercati; la seconda, invece, riguarderebbe i singoli atti di scambio compiuti sul mercato stesso<sup>22</sup>.

Con riguardo a quest’ultima e al ruolo della Pubblica amministrazione nel mercato dei contratti pubblici, viene in rilievo la peculiarità che vede la parte pubblica tenuta ad avviare una procedura ad evidenza pubblica ogni qualvolta decida di stipulare un contratto c.d. passivo.

---

<sup>21</sup> In tal senso M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Atti del LXI Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione, La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, Varenna 17-19 settembre 2015, Giuffrè, 2016, consultabile anche in *astrid-online.it*, 19, 2015.

<sup>22</sup> Sul ruolo della Pubblica amministrazione nel mercato si rimanda ai parr.3 ss.

In altre parole, nella dimensione “macro” la Pubblica amministrazione deve essere considerata come un agente che opera nel mercato; in quella “micro” come un agente che crea artificialmente un mercato in relazione a singoli atti di scambio a cui sono interessati una pluralità di operatori economici (concorrenza per il mercato)<sup>23</sup> e ne regola l’accesso e il funzionamento attraverso precisi strumenti.

Le dimensioni micro e macro della concorrenza verranno approfondite nei paragrafi seguenti in merito al ruolo che detiene la Pubblica amministrazione nel mercato: quest’ultima nel momento in cui si pone come creatore o regolatore del mercato (liberalizzandolo, ampliandone i confini e liberandolo da barriere all’ingresso) delinea e tutela la concorrenza “nel mercato”; ogni qualvolta invece si pone come acquirente lo fa attraverso la designazione di strumenti appositi (le gare pubbliche), che vanno a regolare e a delineare la concorrenza per il mercato<sup>24</sup>.

## *2. Il mercato nella Costituzione italiana: l’art. 41 Cost e la Costituzione economica*

Come anticipato, necessaria premessa di tale lavoro di ricerca è l’evoluzione del rilievo che la tutela della concorrenza ha avuto nel nostro ordinamento, partendo dallo studio delle norme costituzionali ad essa inerenti.

A tal fine, nei paragrafi seguenti si intende dare atto, anzitutto, di come l’art. 41 Cost. si sia confrontato con il processo di integrazione europea che ha portato con sé l’obbligo, per i singoli Stati membri, di fare propri i principi della

---

<sup>23</sup> Così M. CLARICH, ult. op.cit.

<sup>24</sup> Si precisa che nel momento in cui lo Stato si pone come “acquirente” nel mercato regola la concorrenza per il mercato attraverso la determinazione della *lex specialis*. Tuttavia, con il medesimo strumento crea anche un mercato (*recte*: un micro-mercato) che è la procedura di gara stessa. In questa precisa dimensione “micro” della concorrenza lo Stato si pone dunque allo stesso momento come creatore e acquirente, in funzione di garante della concorrenza per il mercato.

c.d. “Costituzione economica europea”<sup>25</sup>, primo fra tutti quello di «*un’economia di mercato aperto e in libera concorrenza*»<sup>26</sup>.

L’art. 41 Cost., infatti, nella sua originaria formulazione, prevedeva un’idea di mercato ben diversa rispetto a quella propria del diritto comunitario.

Tuttavia, si cercherà di evidenziare come la duttilità intrinseca di tale disposizione abbia espresso il suo pieno potenziale proprio a seguito dell’ingresso, nella Costituzione economica, dei principi di derivazione comunitaria.

Ciò ha reso possibile ipotizzare un’interpretazione dell’art. 41 Cost. capace di legare la libertà di impresa al più ampio contesto della libertà economica nel mercato<sup>27</sup>, così da non ritenere la tutela della concorrenza del tutto emancipata dal testo costituzionale.

L’art. 41 Cost. rientra tra quelle disposizioni del Titolo III, Parte I che la Costituzione italiana dedica interamente ai “Rapporti economici” (artt. da 35 a 47 Cost.) e, insieme a poche altre previsioni (artt. 4, 53, 81, 99 Cost.) va a costituire la c.d. Costituzione economica<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Sul concetto di Costituzione economica europea si veda, *ex multis* S. CASSESE, *La Costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2001, 907. Lo stesso Autore, a seguito del fenomeno di integrazione europea, ha ritenuto opportuno parlare di una “nuova costituzione economica” rispetto a quella delineatasi fino a quel momento nell’ordinamento italiano. In tal senso v. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, V. ed., Bari, 2012. Recentemente è stato evidenziato che, anche a seguito della crisi economico-finanziaria che ha colpito i debiti sovrani di alcuni Stati membri dell’Unione, ad oggi, si potrebbe parlare addirittura una nuova fase nell’evoluzione della Costituzione economica europea. In tal senso v. R. MICCÙ, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?* in *Federalismi.it*, 2019.

<sup>26</sup> Art. 4 del Trattato di Roma.

<sup>27</sup> La “tutela della concorrenza”, come si vedrà è stata poi inserita all’interno dell’art. 117 lett. e), attribuito per la prima volta una dignità costituzionale espressa al principio di concorrenzialità del mercato ed abbia “*sgombrato definitivamente il campo da ogni equivoco circa la rilevanza costituzionale del principio di concorrenza*” In questi termini L. CERASO, *La recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “tutela della concorrenza” (art. 117, comma 2, lett. e): linee di tendenza e problemi aperti*, in *Giur. cost.*, 2005, 4, 3448.

<sup>28</sup> M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto*, IV ed., *Discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, 374 ss. Secondo l’Autore, in realtà, si può parlare della disciplina dell’economia solo se non si perde di vista «*l’impianto unitario della Costituzione*»; se «*non si postula un’autonomia di tale settore nei confronti degli altri oggetti delle norme costituzionali*»; se non si dimentica che «*le interconnessioni fra la disciplina del sottosistema economico e quella del sistema sociale nel suo complesso sono così profonde che la prima può essere isolata solo per comodità di analisi*». L’A. aggiunge, inoltre, che oltre a tale accezione ve ne è anche un’altra, poco fortunata nella dottrina italiana, che con la formula “Costituzione economica” intende un complesso di norme in qualche modo autonomo rispetto all’insieme della Costituzione, della quale peraltro sarebbe il «*nocciolo essenziale, il dato realmente infungibile attorno al quale finiscono per ruotare i contingenti contenuti delle disposizioni relative ai rapporti politici, sociali, ecc.*». A detta dell’Autore, tale tesi susciterebbe diverse

Con tale espressione, solitamente, si intende indicare, nel suo significato descrittivo, l'insieme delle disposizioni costituzionali in materia economica.

L'art. 41 Cost. che oggi conosciamo, venne approvato dall'Assemblea costituente, il 13 maggio 1947, dopo un lungo ed acceso dibattito che si risolse nella fusione di due distinti articoli del Progetto di Costituzione (artt. 37 e 39), espressione di due diverse visioni circa la qualificazione sia dell'iniziativa economica privata, sia degli ambiti di intervento dello Stato<sup>29</sup>.

---

perplexità, difficilmente superabili. Anzitutto perché isolare una sfera “dell'economico” rispetto agli altri contesti nei quali si esplicano le attività sociali dell'uomo è «*quantomeno problematico*» e che lo è ancora di più postulare un'autonomia delle disposizioni in materia economica «*all'interno di testi normativi come quelli costituzionali che hanno l'ambizione di dettare le regole fondamentali di un sistema sociale nella sua interezza*». Una siffatta visione presuppone, secondo M. Luciani, una contrapposizione tra società e politica, fra Stato e mercato che non può essere accettata nelle Costituzioni degli odierni Stati sociali. In tali termini lo stesso Autore si è espresso anche in M. LUCIANI, *La Costituzione dei diritti e la Costituzione dei poteri, Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente in Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, II, 479 ss. In riferimento alle possibili definizioni del concetto di “Costituzione economica” si veda anche S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, op. cit., ove l'Autore identifica tre modi di intendere la “Costituzione economica”: in un primo senso “Costituzione economica” può essere intesa come formula riassuntiva delle norme della Costituzione in senso formale sui rapporti economici ma anche di norme che, pur essendo contenute in leggi ordinarie, hanno, tuttavia una rilevanza costituzionale (come, ad esempio, la l. 10 ottobre 1990 n. 287 c.d. legge “*antitrust*”); in una seconda (e più ampia) accezione “Costituzione economica” indicherebbe l'insieme di istituti che, pur facendo parte del diritto, non appartengono necessariamente alla Costituzione scritta. La terza accezione, invece, non conterrebbe solo le norme costituzionali e le leggi ma anche il diritto vivente. Sul concetto di “Costituzione economica” si veda anche N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, V ed., Bari, 2004, 14 ss., il quale afferma che la formula “Costituzione economica” può essere usata in due diversi significati: o come sintesi descrittiva «*delle forze e poteri e soggetti*» operanti nell'economia di uno Stato in un dato periodo di tempo, o come sintesi normativa di principi e regole, dettati da una costituzione o da leggi costituzionali. Secondo Irti, nel primo significato la formula risponderebbe ad una funzione storico-politica, poiché, accertando le forze dominanti nell'economia «*provvede a salvaguardarle o le disvela nella lotta dei partiti o ne addita e promuove il mutamento*». Nel secondo significato, invece, la suddetta formula avrebbe un contenuto normativo in grado di vincolare il legislatore ordinario e di proporsi «*come categoria ermeneutica e strumento di auto-integrazione delle lacune*». In tale ultimo senso la Costituzione economica costituirebbe propriamente l'essenza delle norme costituzionali, tese a disegnare la forma di economia di uno Stato. Sulle origini del concetto di Costituzione economica si veda anche R. MICCÙ, *Lo stato regolatore e la nuova costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in *Il modello europeo di regolazione - Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*, a cura di P. CHIRULLI, R. MICCÙ, Napoli, 2011, 252 ss.; Id., *Economia e costituzione*: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca in *Quaderni del pluralismo*, Torino, 1996, 243 ss. L'A., in più occasioni, evidenziato che il principale contributo alla formulazione di una nozione formale di costituzione economica (intesa come l'insieme delle norme costituzionali riguardanti i rapporti economici) ed al suo approfondimento sia venuto dalla cultura giuspubblicistica tedesca. Quest'ultima ha affondato le sue radici nella corrente dottrinale dell'ordoliberalismo della c.d. scuola di Friburgo che, nell'idea di Costituzione economica ha individuato una decisione di sistema (*System-Entscheidung*) o, per meglio dire, una scelta globale dell'ordine economico che, tuttavia, non può essere separata dall'esigenza di realizzare e garantire quel catalogo dei diritti e valori che costituiscono il nucleo essenziale della costituzione politica.

<sup>29</sup> In particolare, l'art. 37 configurava l'attività economica, sia pubblica che privata, come interamente finalizzata al perseguimento del benessere collettivo e funzionalizzabile al raggiungimento di “fini sociali”. Il testo dell'art. 37, posto all'esame della Costituente il 13 maggio 1947, era così formulato: «*Ogni attività economica privata o pubblica deve tendere a provvedere i mezzi necessari ai bisogni*

Il dibattito che occupò, per diverse sedute, i Costituenti fu proprio quello del rapporto tra iniziativa economica privata e pubblica e i limiti che dovevano essere posti alla loro operatività<sup>30</sup>.

La scelta che venne compiuta con l'approvazione dell'art. 41 Cost. fu, da un lato, quella di operare in favore del riconoscimento dell'iniziativa economica privata<sup>31</sup> in termini di libertà e, dall'altro, di restringerne

---

*individuali ed al benessere collettivo. La legge determina le norme ed i controlli necessari perché le attività economiche possano essere armonizzate e coordinate a fini sociali».* L'art. 39 riconosceva, invece, la libertà di iniziativa economica privata e indicava i limiti a cui la stessa doveva essere sottoposta. Il testo dell'originario art. 39 prevedeva che: «*L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*». In sede di Assemblea costituente – tramite le proposte di emendamenti degli Onorevoli Mortati, Arata e Taviani – si decise di recepire sostanzialmente l'art. 39 a cui, tuttavia, venne aggiunto il secondo comma dell'art. 37 di cui, invece, venne soppresso il primo comma. Nello specifico Mortati propose la soppressione del primo comma dell'art. 37 in quanto in riferimento all'attività pubblica esso risultava del tutto “tautologico”. Per quanto riguardava, invece, la funzionalizzazione dell'attività privata, secondo Mortati, essa veniva già in rilievo negli articoli successivi. Successivamente, gli Onorevoli Arata, Piemonte, Preti, Carboni, Persico, Segala, Cairo, Momigliano, Lami Starnuti, Ruggiero Carlo, Longhena, Fietta e Pignatari proponevano il seguente emendamento: «*Coordinare gli artt. 37 e 39 come segue: trasferire il testo dell'art. 39 nell'art. 37, in sostituzione della sua prima parte, che rimane pertanto soppressa. Modificare, come segue, la seconda parte dell'art. 37, la cui dizione completa viene ad essere la seguente: “L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge stabilisce le norme, i controlli e i piani opportuni perché le attività economiche pubbliche e private siano dirette e coordinate a fini di utilità sociale”*». L'ultimo comma fu oggetto di emendamenti concordati tra Taviani e Arata, quest'ultimo propose quale ultimo comma dell'articolo la seguente dicitura: «*La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica privata e pubblica possa essere indirizzata e coordinata a fini di utilità sociale*». Taviani accettava l'emendamento proposto di Arata, proponendo però la sostituzione dell'inciso “a fini di utilità sociale” con l'espressione “fini sociali”, accettata da Arata. L'emendamento di Mortati, sostanzialmente coincidente con quello degli Onorevoli Taviani e Arata venne, dunque, ritirato. Per un'attenta ricostruzione del dibattito avvenuto in sede di Assemblea costituente si vedano, *ex multis*: G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, in *La Costituzione economica* (Ferrara, 11-12 ottobre 1991), Padova, 1997; L. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla “costituzione economica”* in *Dir. pubbl.*, 2000, 3, 919 ss.; R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006.

<sup>30</sup> Particolarmente rilevante fu l'intervento di Einaudi (nella seduta del 13 maggio 1947) teso a proporre un emendamento aggiuntivo al testo dell'art. 37 avente ad oggetto l'esistenza dei monopoli intesi come «*il male più profondo della società presente*». Nel suo intervento in sede di Assemblea chiese che venisse sancito in Costituzione il principio secondo cui «*la legge non deve creare monopoli e che quando i monopoli esistono noi dobbiamo chiedere che siano soppressi ed eliminati, quando esistono noi dobbiamo affermare, in generale che opportuni metodi siano adottati per controllare i monopoli medesimi*». L'emendamento aggiuntivo avrebbe dovuto avere il seguente tenore: «*La legge non è strumento di formazione di monopoli economici; ed ove questi esistano li sottopone a pubblico controllo a mezzo di amministrazione pubblica delegata o diretta*». Dominedò si oppose a tale proposta di emendamento in quanto, pur comprendendo e condividendone lo spirito, ritenne che i criteri da esso espressi fossero «*esplicitamente od implicitamente contenuti nello schema delle disposizioni votate o votande*».

<sup>31</sup> Di grande rilievo, rispetto al passato, fu proprio la scelta dei Costituenti di prevedere un'espressa ed autonoma tutela dell'iniziativa economica privata, distinta rispetto a quella del diritto di proprietà. Lo Statuto Albertino, infatti, prevedeva il riconoscimento e la tutela di “tutte le proprietà” nel limite del

l'operatività attraverso una serie di pregnanti limiti, corrispondenti al non contrasto con l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà, e la dignità umana<sup>32</sup>.

Al riconoscimento del diritto e alla previsione dei suoi limiti di operatività, venne aggiunta la possibilità per il legislatore statale di intervenire per determinare programmi<sup>33</sup> e prevedere controlli, tesi a coordinare ed indirizzare la riconosciuta libertà di iniziativa economica privata verso "fini sociali".

---

rispetto "dell'interesse pubblico legalmente accertato" (art. 29). Successivamente nel 1927 venne elaborata, sotto la vigenza dell'ordinamento corporativo fascista, la c.d. Carta del Lavoro, la quale riconobbe un ruolo centrale all'iniziativa economica privata seppur di natura funzionalista. In particolare, l'iniziativa economica privata veniva definita come «*lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione*» e l'intervento dello Stato nella produzione economica veniva previsto in via residuale soltanto «*quando manchi o sia insufficiente la iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello stato*». Per una dettagliata ricostruzione storica sul riconoscimento di una tutela autonoma dall'iniziativa economica privata si veda R. NIRO, *Art. 41*, op cit., 847 ss.; A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXI, 1971, 582 ss; F. S. MARINI, *Rapporto tra tutela costituzionale della proprietà e libertà di impresa*, in *Saggi di diritto pubblico*, Napoli, 2014, 11 ss. Sul rapporto tra la Carta del Lavoro e la Costituzione si veda anche F. GALGANO, *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1982. Si veda anche N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, op. cit., 93 ss. che, invece, definisce l'art. 41 Cost. come "una norma di continuità", "un'eredità del passato" volta appunto a conferire legittimità costituzionale alle esperienze del passato piuttosto che «*a romperne lo sviluppo ed a rifiutarne l'eredità*».

<sup>32</sup> Per un'attenta analisi dei diversi limiti dell'art. 41 Cost. e per la loro interpretazione da parte della Corte costituzionale si veda M. LUCIANI, *L'iniziativa economica privata nella giurisprudenza costituzionale*, Roma, 1981.

<sup>33</sup> Il riferimento alla programmazione fu introdotto da un emendamento presentato da Arata che chiese nella seduta del 13 maggio 1947 che «*la legge*» stabilisse «*le norme, i controlli e i piani opportuni perché le attività economiche pubbliche e private siano dirette e coordinate a fini di utilità sociale*». Nel suo intervento Arata sottolineò che l'accento ai "piani" non aveva lo scopo di «*volere porre all'Assemblea una perentoria alternativa fra sistema liberale e socialista, fra iniziativa economica privata e coercizione burocratica di Stato, fra capitalismo nella sua forma pura e pianificazione integrale*» ma voleva soltanto portare il tema sopra un piano di «*praticità, di realtà, di attualità e di attuabilità*» che secondo Arata era rappresentato dal pensiero di Von Hayek, Autore che si era espresso sulla possibilità di ammettere delle forme parziali di pianificazione, affermando che: «*Una pianificazione parziale può essere razionale ove la si intenda come il prodotto di una permanente architettura giuridica, architettata in modo da fornire all'iniziativa privata gli incentivi necessari per compiere gli adattamenti richiesti da ogni variazione della vita economica e sociale*». La successiva discussione dell'Assemblea si concentrò sull'utilizzo della parola "piani" che, come fece notare Malagugini, spaventava i molti. Taviani propose l'uso del termine "norma", Einaudi fece notare come il problema non fosse l'utilizzo del termine "programmi" o "piani" – in quanto entrambi espressione del medesimo concetto – bensì, sarebbe stato opportuno inserire un riferimento a quello che secondo Einaudi sarebbe stato «*il male più profondo della società presente*» ossia l'esistenza di monopoli. Ruini sostenne, con tenacia, che la parola "piano", considerata da alcuni "un feticcio", "uno spauracchio" non avrebbe dovuto rappresentare né l'uno né l'altro in quanto «*i piani vi saranno sempre anche se non si mette la parola nella Costituzione poiché quest'ultima riconosce la libertà dell'iniziativa privata, i piani non possono far paura nemmeno ai più sospettosi*». Alla fine, si concordò per l'approvazione della proposta di Arata, nel testo concordato con Taviani che sostituì alla parola "piano" quella di "programma" per dissipare, come affermò Ruini, «*un'atmosfera di dubbi e di equivoci*». Da questa discussione emerge che l'intento della maggioranza che votò la vigente formulazione dell'ultimo comma dell'articolo 41 era essenzialmente quello di riconoscere allo Stato la possibilità di intervenire in economia con la garanzia che ciò avvenisse in modo coordinato «*non per semplice decisione o*

Seppur queste diverse “anime” contenute nell’art. 41 Cost. – da un lato l’affermazione di una libertà individuale e dall’altra l’esigenza di controllo delle attività dei singoli da parte dei pubblici poteri nel nome di valori sociali ed interessi generali<sup>34</sup> – hanno suscitato, nel corso del tempo, sin dall’entrata in vigore della Costituzione, le più svariate interpretazioni<sup>35</sup>, solitamente si è tentato di rintracciare una sorta di unitarietà nelle suddette previsioni, riconducendole ad un sistema c.d. di economia mista, non corrispondente ad un preciso modello economico ma solamente ad un sistema capace di assicurare, contemporaneamente, sia la libertà di iniziativa economica privata (che non deve svolgersi in contrasto con l’utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana), sia l’eventuale possibilità di un intervento pubblico volto a garantire l’indirizzo e il coordinamento dell’attività economica pubblica e privata verso “fini sociali”<sup>36</sup>.

---

capriccio di autorità e di governo, ma soltanto per legge» (Ruini). In questi termini L. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla “costituzione economica”* in *Dir. pubbl.*, 2000, 3, 919 ss.

<sup>34</sup> Secondo una parte della dottrina, nel pensiero del Costituente non vi era una “cultura del mercato” ma solamente la necessità di difenderlo “dall’alternativa del regime comunista” e il “sentimento misto” è andato a ricadere sull’iniziativa economica privata con il duplice intento di difenderla e di assoggettarla, non tanto alle regole della concorrenza ma a programmi, controlli, impulsi, orientamenti pubblici. G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, op. cit., 12 ss.

<sup>35</sup> Nonostante la disposizione sia stata spesso definita come “disarmonica”, di “difficile interpretazione”, “di compromesso” - si vedano in tal senso, *ex multis*: M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 175 ss.; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989 - c’è stato anche chi ha cercato di conferire alla disposizione una lettura unitaria, in forza proprio dei principi costituzionali tesi ad esaltare la centralità della persona e in primo luogo i diritti di libertà ad essa garantiti. In tale prospettiva si veda F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all’economia. I “diritti di cittadinanza” tra libertà economiche ed integrazione sociale*, Giappichelli, Torino, 2001; M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, op. cit., 374 ss.

<sup>36</sup> R. NIRO, *Art. 41*, cit. Sulla formula dell’economia mista si veda A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, op. cit., 582 ss. Questa funzionalizzazione verso i “fini sociali”, in realtà, non appartiene solamente alla disciplina dell’iniziativa economica dell’art. 41 Cost. (in riferimento non solo al richiamo ai “fini sociali” ma anche all’ “utilità sociale”), bensì all’intera materia economica per come prevista all’interno del testo costituzionale. Si pensi, ad esempio, alla “funzione sociale” dell’art. 42; all’ “utilità generale” e all’ “interesse generale” dell’art. 43; il riferimento dell’art. 44 agli “equi rapporti sociali”; alla “funzione sociale” dell’art. 45. L’insistenza della Costituzione nel rimarcare il legame dei valori sociali con la materia economica, dimostra che la disciplina economica presente in costituzione non sia ispirata da logiche e/o da valori diversi rispetto a quelli fondanti l’intero disegno costituzionale ma, le richiamate disposizioni, troverebbero la loro unitarietà e la loro coerenza di fondo nel “progetto di generale trasformazione sociale” dell’art. 3, comma 2, Cost. In tal senso M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, op. cit., 375 ss. Ciò non sta a significare che la Costituzione non abbia dato alcuna rilevanza al sistema economico, bensì che la disciplina economica, presente e futura, dovrà sempre essere tesa non solo al raggiungimento di scopi (unicamente) economici ma dovrà porsi in linea con il generale processo di trasformazione sociale dell’art. 3, comma 2, Cost. Il suddetto condizionamento a cui sono state sottoposte le libertà economiche e i precisi vincoli di carattere collettivo sopra elencati, possono dirsi frutto di una generale apprensione che ha caratterizzato il

Tra i principali dubbi interpretativi suscitati dalla formulazione dell'art. 41 Cost. vi è stato, *inter alia*, anche quello legato all'individuazione dell'oggetto tutelato dalla norma.

Se parte della dottrina costituzionalistica, infatti, era incline nel ritenere che la disposizione avesse un unico oggetto, ritenendo impossibile differenziare l'iniziativa economica dal suo concreto svolgimento<sup>37</sup>, altra parte della dottrina, invece, evidenziò, con vigore, la differenza sussistente tra l'atto di impulso dell'attività economica e l'oggetto dei limiti previsti dal secondo comma dell'art. 41 Cost., che veniva rintracciato, unicamente, nello svolgimento della medesima attività e, in particolare, nella disciplina dell'impresa, assoggettata, invece, ai limiti di cui al secondo e al terzo comma<sup>38</sup>.

---

processo di riconoscimento costituzionale delle libertà economiche. Infatti, se, da un lato, non sarebbe stato possibile negare alle stesse un riconoscimento costituzionale – a garanzia della “completezza” in tema di tutela dei diritti che la Costituzione mirava a conferire – dall'altro, non è stato mascherato il timore che concedere illimitata libertà alla volontà dell'*homo oeconomicus* potesse ledere “l'ordine delle priorità sotto il profilo dei valori più essenziali della persona umana”. Così R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. NANIA, P. RIDOLA, Torino, 2001, vol. I, op. cit., 69 ss. Vi era, infatti, il convincimento che la sfera economica non potesse consegnarsi in via esclusiva all'esercizio delle libertà private ma che il potere pubblico fosse chiamato ad intervenire non solo nella qualità di guida generale del sistema produttivo ma in veste di vero e proprio operatore economico. Questa visione può senz'altro trovarsi a fondamento anche di un'altra “lacuna garantista” dell'art. 41 Cost., ossia la scelta di non riconoscere alla libertà di iniziativa economica il carattere di diritto inviolabile che è attribuita alle libertà civili e di estrometterla anche da quelle libertà che la Repubblica è tenuta a difendere. Sul punto v. F. GALGANO, *Art. 41*, op. cit., 13 ss. il quale sottolinea che la preoccupazione prevalente del nostro costituente fosse quella di evitare che l'esercizio della libertà di iniziativa economica potesse ledere determinati valori sociali o umani come l'utilità sociale, la sicurezza, la dignità umana (art. 41 Cost., secondo comma) o compromettere la realizzazione dei “fini sociali” di cui al terzo comma dell'art. 41 Cost. Seppur sia stata da molti condivisa la tesi che vede le libertà economiche, nella impostazione complessiva del nostro sistema costituzionale, impossibilitate ad ottenere la stessa intensità di tutela vantata dalle libertà personali - tanto da condurre taluni a parlare di libertà “dimidiata” (M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983) - non può che concordarsi con chi ha ritenuto di sottolineare che le libertà economiche, pur se nei termini sopra descritti, sarebbero comunque declinabili in termini di espressione della personalità e della capacità umana e, inoltre, vi sarebbe un non può che concordarsi con chi ha ritenuto di sottolineare che le libertà economiche, pur se nei termini sopra descritti, sarebbero comunque declinabili in termini di espressione della personalità e della capacità umana e, inoltre, vi sarebbe un ineludibile collegamento tra le libertà economiche ed i principi fondamentali della costituzione. Tale collegamento sarebbe da ricondurre sia al già citato art. 3, comma 2, Cost., sia attraverso il disposto dell'art. 4 Cost., in quanto le libertà economiche sono anche suscettibili di favorire “il progresso materiale” della società di cui al secondo comma dell'art. 4 Cost. Cfr. R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, op. cit. 72 ss.

<sup>37</sup> V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 232 ss.

<sup>38</sup> Tesi sostenuta sia da A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, op.cit., 582 ss., che, ampiamente, anche da M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, op.cit., e ribadita più volte v. Id., voce *Economia nel diritto costituzionale*, op. cit., 374.

In altre parole, vi era chi riteneva che all'interno della generale categoria dell'"attività economica" si potesse distinguere tra il momento dell'iniziativa, da far coincidere con l'atto iniziale di impulso dell'attività, e quello del suo svolgimento. Tale distinzione era tesa a far sì che i due "frammenti" dell'attività economica fossero sottoposti a due discipline differenziate dal momento che, in tal modo, la garanzia piena del primo comma veniva attribuita ad una sola delle fasi dell'agire economico.

L'opposta tesi prospettava, invece, una indistinzione di fondo sulla base della quale l'intero agire economico veniva assoggettato interamente alla disciplina di tutto l'art. 41 Cost.<sup>39</sup>

La giurisprudenza costituzionale ha tentato di attenuare tale dibattito e, abbracciando con chiarezza e decisione l'orientamento più "unitario", ha affermato che «la garanzia posta nel primo comma di quest'articolo (...) riguarda non soltanto la fase iniziale di scelta dell'attività ma anche i successivi momenti del suo svolgimento»<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Parte della dottrina ha evidenziato che tale ultima tesi, in realtà, contrasterebbe con la struttura stessa dell'art. 41 Cost. che, invece, distinguerebbe, nei primi due commi, il momento iniziale dell'attività economica e quello successivo della sua organizzazione, per poi considerarli unitamente nel terzo comma. Così M. LUCIANI, *L'iniziativa economica privata nella giurisprudenza costituzionale*, Roma, 1981. Solamente in tal modo l'atto di iniziativa dell'attività - inteso come l'atto di destinazione del capitale ad un determinato settore di mercato (in tal senso A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, op. cit., 549 - godrebbe della garanzia di cui al primo comma mentre le successive attività verrebbero sottoposte ai limiti previsti dai commi successivi. Il momento dell'iniziativa e quello del suo svolgimento, dunque, pur considerati come separati dai primi due commi dell'art. 41, troverebbero un "punto unificante" nel terzo comma che avrebbe ad oggetto tutta l'attività economica privata facendo in modo che i limiti funzionali ai fini sociali, ivi previsti, possano essere imposti sia al momento dell'iniziativa che a quello del suo svolgimento. Così M. LUCIANI, ult. op. cit., 60 ss.

<sup>40</sup> Corte Cost., n. 35/1960; Id., 54/1962. In tal modo, la Corte ha riconosciuto l'applicazione dei limiti posti dal secondo e terzo comma dell'art. 41 Cost. anche all'atto di iniziativa (postulato, invece, secondo parte della dottrina, in termini di assoluta libertà). L'interpretazione dei Giudici costituzionali, tuttavia, non ha posto fine alle problematiche interpretative prodotte dalla norma. Il dibattito, semmai, ha cambiato forma e si è incentrato sull'individuazione di quelli che, fra gli atti economicamente significativi, possano costituire "iniziativa economica". Parte della dottrina voleva ricondurre all'art. 41 Cost. unicamente la disciplina dell'attività di impresa. Si veda in tal senso F. GALGANO, *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli, 1982. Un altro orientamento, invece, era teso a rintracciare nella disposizione uno strumento di copertura costituzionale per ogni atto con cui il soggetto privato sceglie il fine economico che intende perseguire. Così C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.* 1962, 37. La successiva giurisprudenza costituzionale - anche sulla scia di quanto rilevabile dai lavori dell'Assemblea costituente (nella seduta della III Sottocommissione del 3 ottobre 1946) ha escluso la riconducibilità dell'iniziativa economica privata alla sola attività di impresa, considerando l'impresa solo come una delle tante forme di esercizio dell'iniziativa economica e, conseguentemente, riconoscendo nell'art. 41 il fondamento costituzionale anche di altre attività economiche non organizzate nella forma dell'impresa. Così Corte cost. n. 13/1961; Id., n. 17/1976; Id., n. 59/1976. Nel dibattito riguardante l'oggetto tutelato dall'art. 41, dunque, la Corte

Dal canto suo anche la dottrina, spesso sulla scia dell'operato della Corte costituzionale, ha sempre cercato di fornire una lettura unitaria della disposizione che potesse opporsi a tutte le accuse mosse contro l'art. 41 Cost., definito spesso come una norma di difficile interpretazione, disarmonica se non addirittura contraddittoria.

Tale lettura "unitaria" è stata garantita proprio rintracciando nella struttura della disposizione costituzionale il fondamento di un sistema c.d. di economia mista.

Oltre al dibattito sull'individuazione dell'oggetto tutelato dalla norma, una delle più rilevanti spigolature dell'art. 41 Cost. riguarda la formula utilizzata per indicare il primo limite a cui soggiace la libertà di iniziativa economica privata che, per l'appunto, non deve svolgersi, secondo il secondo comma, in contrasto con l'utilità sociale.

La qualificazione di tale formula ha dato adito ad un dibattito particolarmente acceso che ha trovato il suo primo "campo di battaglia" in sede di Assemblea costituente.

Uno degli interventi da ricordare è senza dubbio quello di Einaudi che definì l'utilità sociale come una formula inconoscibile, una «*norma senza significato*», arbitraria e per questo anticonstituzionale<sup>41</sup>.

---

costituzionale, in primo luogo, ha riconosciuto la sostanziale identità tra il momento dell'iniziativa e il suo svolgimento (v. Corte cost. n. 29/1957 in cui la Corte ha chiarito che la libertà di iniziativa economica privata "*si traduce nella possibilità di indirizzare liberamente, secondo le proprie convenienze, la propria attività nel campo economico*"); e, in secondo luogo, ha dato una lettura quanto più ampia delle fattispecie da ricomprendere nella tutela dell'art. 41, facendovi rientrare anche attività non strettamente "imprenditoriali". Si rimanda alla pronuncia della Corte costituzionale n. 78/1958, in cui viene rilevato che "*nella locuzione iniziativa economica devono ricomprendersi le attività di operatori non solo dirette a creare e a costituire un'azienda ma anche inerenti alla vita e allo svolgimento di essa*". Per una completa ricostruzione delle pronunce della Corte in materia M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, op.cit., 16 ss.

<sup>41</sup> Per Einaudi questa "ombra" di inconoscibilità avrebbe condotto i "*legislatori del futuro*" a riempire di contenuto tale formula, secondo il loro arbitrio e riteneva che, conseguentemente, qualunque interpretazione avrebbe potuto essere considerata valida in quanto "*tutte le leggi di interpretazioni saranno conformi a ciò che non esiste*". Tali affermazioni derivavano dalla convinzione secondo cui non sarebbe stato possibile conoscere "*il ponte fra l'utilità di un individuo e quella di ogni altro individuo*" ossia apprezzare quale fosse il significato che una collettività, anche di sole due persone, è in grado di dare "*all'utilità non dei singoli, ma dell'insieme dei due*". Nella seduta dell'Assemblea costituente del 9 maggio 1947 propose, infatti, di sopprimere le parole "in contrasto con l'utilità sociale". A seguito del dibattito che si instaurò in quella sede, nella seduta del 13 maggio affermò che: "*Il primo emendamento all'articolo 39 da me presentato si limitava a togliere le parole: «in contrasto con l'utilità sociale o». Ma poiché vedo che l'Assemblea è propensa ad introdurre nei testi legislativi*

Il dibattito sulla qualificazione della formula dell'utilità sociale proseguì anche al di fuori della sede della Costituente e, per molti anni, ha continuato ad accendere gli animi della dottrina che ha proposto, nel corso del tempo, le più varie interpretazioni<sup>42</sup>.

La difficoltà di identificare una precisa definizione di "utilità sociale" ha condotto una parte della dottrina ad evidenziare che l'indefinibilità «*meramente ontologica*» di un concetto è un fenomeno ricorrente nelle legislazioni di ogni tempo se non addirittura necessario per la sopravvivenza e la vitalità dei singoli sistemi giuridici e che si concretizza nella presenza dei c.d. "principi-valvola" ossia di meccanismi tesi a far sì che gli ordinamenti possano essere dotati dell'elasticità necessaria per adeguarsi al «*continuo evolversi della vita politica e sociale*»<sup>43</sup>. La formula dell'"utilità sociale" sarebbe da collocare proprio in tale categoria.

La scelta dei Costituenti di utilizzare una siffatta formula, infatti, è da rintracciare nella consapevolezza, da parte degli stessi, dell'impossibilità di prevedere «*tutto il reale e tutte le forme possibili della sua evoluzione*» e alla conseguente necessità di trovare uno strumento attraverso il quale rimettere a chi si troverà ad "applicare il diritto" l'evoluzione della norma che, in tal modo,

---

*parole le quali non hanno un significato preciso e su cui i commentatori avranno in avvenire ampio campo a discutere, su questo punto preciso non insisto. Avevo già imparato che nelle Costituzioni di oggi si usano indicare principî ed additare indirizzi per l'azione successiva del legislatore. Apprendo ora che, oltre ad indicare principî ed indirizzi per il legislatore futuro, si formulano anche auguri, che in avvenire si riesca a scoprire il significato delle parole che oggi non si conosce".* Così nella seduta dell'Assemblea costituente del 9 maggio 1947. Alla posizione di Einaudi si oppose con forza Malagugini il quale puntualizzò che non vi sarebbe dovuto essere timore di alcun abuso o arbitrio in quanto il "legislatore futuro", che Einaudi non vedeva di buon occhio, sarebbe stato il Parlamento nominato dal popolo italiano in libere elezioni e, per tale ragione, non si sarebbe mai potuto parlare di arbitrio ma di "*interpretazione della volontà del popolo italiano*" in un dato momento.

<sup>42</sup> Mortati, attraverso una lettura sistematica dell'art. 41 Cost. con l'art. 4 Cost., la definì come l'esigenza di raggiungere i massimi livelli di occupazione in C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica in Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 42 ss. Altro Autore la intese, invece, come "benessere economico collettivo" definendo quest'ultimo come "progresso materiale di tutti in condizioni di eguaglianza". In tal senso v. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, op.cit., 243 ss. Per una chiara e completa ricostruzione dei diversi orientamenti della dottrina v. S. BARTOLE- R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Art. 41, 403 ss.

<sup>43</sup> In tali termini A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, op. cit., 604 ss. L'Autore precisa, inoltre, che l'utilità sociale in quanto formula riassuntiva dei bisogni della comunità è in realtà determinabile come precetto specifico dell'ordinamento giuridico dal momento che è affidata agli organi ed ai soggetti dotati di poteri di supremazia e di autonomia politica e privata, la scelta dei fini o dei valori che ritengono, in virtù della loro mediazione, come giuridicamente obbligatori.

potrà seguire i cambiamenti dei rapporti sociali potrà realizzare quel progetto di trasformazione sociale previsto dall'art. 3, comma 2, Cost.<sup>44</sup>.

È proprio partendo dal progetto di trasformazione sociale che la più attenta dottrina è riuscita a dare una qualificazione quanto più precisa di cosa possa intendersi, ai sensi dell'art. 41 Cost., per “socialmente utile” e a far sì che la riconosciuta definizione di utilità sociale possa coincidere anche con la sua natura di “principio-valvola” dell'ordinamento<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, op. cit., 81 ss. in cui specifica anche che la formula dell'“utilità sociale” sarebbe da identificare non solo come principio valvola ma anche come un “concetto di valore” ossia come formula che ha come referente un valore e come tutti i concetti di valore consente l'adattamento dell'ordinamento al mutare dei fatti sociali. L'A. ha escluso che per “socialmente utile” possa intendersi ciò che corrisponde alla tutela del pubblico interesse in quanto quest'ultimo sarebbe interesse unicamente dello “stato-persona” o comunque dei suoi enti territoriali e non della società nel suo insieme. A tale considerazione segue la precisazione secondo cui gli interessi pubblici possono coincidere con gli interessi sociali ma non possono farlo automaticamente o per mera definizione. Inoltre, sarebbe lo stesso art. 41 ad indicare l'irriducibilità dell'interesse sociale a quello pubblico (seppur implicitamente) quando assoggetta l'attività economica pubblica ai programmi e ai controlli del terzo comma. In tal modo, infatti, escluderebbe che essa sia, per il semplice fatto di essere, un sicuro mezzo per il raggiungimento dei “fini sociali”. In questi termini anche F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato*, 1977, vol. I, 3 ss. Secondo tale ricostruzione, dunque, per utilità sociale dovrebbe intendersi la sintesi degli interessi della società nel suo complesso e non di parti di essa o di alcuni suoi gruppi o categorie presenti al suo interno. Sempre Luciani, in diverse sue opere precisa come l'utilità sociale non sia riconducibile “all'utilità economica”, al “benessere economico” di tutti i cittadini in quanto “la massimizzazione dei benefici economici” è un obiettivo soltanto strumentale rispetto a quelli riassuntivamente indicati all'art. 3, comma 2, Cost. La stessa Corte costituzionale ha ricordato, in alcune risalenti pronunce, che l'utilità sociale “ha anche un contenuto economico” (Corte cost., 20 maggio 1976, n. 123). Si veda per tutti M. LUCIANI, *La produzione economica privata nella giurisprudenza costituzionale*, op. cit., 51 ss. Di diverso avviso, invece, sarebbe V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, 243 ss.

<sup>45</sup> La società a cui però si riferirebbe l'art. 41 Cost. o, per meglio dire, a cui tenderebbe la Costituzione nella sua intenzione, tuttavia, non è una società “omogenea” chiaramente identificabile a priori in quanto non può ritenersi che nel pensiero dei Costituenti vi fosse la volontà di garantire un determinato e costante disegno di società ma, semmai, solamente un progetto di trasformazione sociale. Così F. GALGANO, *Art. 41*, op. cit., 27 ss. Per questo può ritenersi che la “società” a cui sarebbe da riferire “l'utilità” dell'art. 41 Cost., appartenga ad un disegno di una società “di transizione”, che tende verso una “società futura” che non viene regolata in Costituzione ma che dovrà esserne il frutto, dovrà essere una precisa derivazione del processo di trasformazione di cui al richiamato art. 3, comma 2, Cost. Sul punto M. LUCIANI, *La produzione economica*, op. cit., 129 ss. Ed è tramite questo collegamento che, conseguentemente, può affermarsi che l'utilità sociale non potrà coincidere con l'interesse di “chiunque” ma solamente di quelli che di volta in volta saranno titolari di interessi che coincideranno con il processo di trasformazione di cui all'art. 3, comma 2 Cost. Questo non sta a significare che la qualificazione di utilità sociale rientri di nuovo in una “zona d'ombra” di inconoscibilità in quanto, seppur è vero che non potrà mai darsi a priori cosa sia “socialmente utile”, tuttavia, potrà individuarsi per cosa debba esserci utilità, a cosa debbono essere utili “le incidenze sulla produzione”: agli obiettivi e agli oggetti individuati dall'art. 3, comma 2, Cost. Così ancora M. LUCIANI, *La produzione economica*, op. cit., 131. Ciò posto, non può non concordarsi con chi ha ritenuto che si debba ritenere “socialmente utile” tutto ciò che è in linea con il progetto di trasformazione sociale delineato dalla Costituzione nel suo intero e precisato dall'art. 3, comma 2, Cost. Tuttavia, non possono non aggiungersi alcune ulteriori precisazioni. Non può dimenticarsi, infatti, che la delicata opera di individuazione delle singole fattispecie spetta “agli organi costituzionali” per tale intendendosi gli organi legislativi, il Governo e la

Da quanto sinora evidenziato possono compiersi alcune considerazioni.

In primo luogo, l'esclusione di ogni tipo di "pietrificazione"<sup>46</sup> e di precisa individuazione legislativa della nozione di utilità sociale è stata validamente giustificata proprio sulla base della (necessaria) duttilità della norma, che fa sì che la stessa possa dispiegare i propri effetti di "principio-valvola" e rendere l'ordinamento flessibile davanti ai continui mutamenti economici, politici e sociali a cui, per sua natura, è chiamato ad adattarsi.

Tale interpretazione degli elementi intrinseci all'art. 41 ha reso possibile l'interpretazione di chi, intendendo la libertà di concorrenza come valore implicito nella libertà di iniziativa (in quanto libertà di tutti, verso lo Stato e verso gli altri operatori), ha ritenuto di poter individuare il fondamento costituzionale del principio di libera concorrenza nell'art. 41, comma 2 e 3, e in particolar modo nella nozione di utilità sociale.

---

Corte costituzionale. Così A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, op.cit., 604. Proprio la Corte costituzionale, con il suo instancabile intervento, infatti, ha guidato la delimitazione delle singole fattispecie normative nelle quali sia possibile rintracciare "l'utilità sociale" e se, da un lato, ha respinto la tesi dell'inconoscibilità della formula delineata dai costituenti, dall'altro, ha valorizzato l'opera del legislatore, ritenendola indispensabile - seppur sottoposta al suo controllo di legittimità (Sui limiti del sindacato giurisdizionale sul rispetto dell'utilità sociale v. M. LUCIANI, *L'iniziativa economica*, op.cit., 54 ss.; A. MORRONE, *Libertà d'impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale*, in *Giur. cost.*, 2001, 1473 ss.) - ai fini della precisa definizione di quali siano, di volta in volta, gli interessi così rilevanti la cui realizzazione possa essere definita come di "utilità sociale". Spetta, dunque, al legislatore ordinario la determinazione del concreto modo di operare dell'utilità sociale, trattandosi di una scelta politica volta ad attuare il predetto progetto costituzionale in base a valutazioni di opportunità. Sul punto si richiama M. LUCIANI, ult. op. cit., 131. Anche in altre pronunce, oltre quelle già richiamate, la Corte si è soffermata sul rapporto intercorrente tra il suo operato e quello legislativo nella determinazione di ciò che, nei singoli casi concreti, possa essere ricondotto alla "clausola generale" (Corte cost. 94/2013) dell'"utilità sociale", ed ha affermato che *"essa legittima l'introduzione di vincoli e limiti alla libertà di iniziativa economica"* ma - richiamando un precedente più risalente - essi *"non devono necessariamente risultare da esplicite dichiarazioni del legislatore"* (Corte cost. n. 46/1963) essendo sufficiente *"la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo"* (Corte cost. n. 63/1991) ferma l'esigenza che l'individuazione delle medesime *"non appaia arbitraria"* e che le stesse non siano perseguite dal legislatore mediante *"misure palesemente incongrue"* (Corte cost. n. 247/2010). Nonostante queste "indicazioni" la Corte non si è mai spinta oltre definendo, in maniera puntuale, la nozione di "utilità sociale". È stato possibile, tuttavia, rintracciare una "logica comune" corrispondente al principio secondo cui *"sono di utilità sociale quei beni che non solo sono ritenuti tali dal legislatore ma che godono anche e soprattutto di diretta protezione e garanzia in Costituzione"* così M. LUCIANI, ult. op.cit., 53 ss. Questi "beni" sarebbero da far coincidere, dunque, con altri interessi o diritti costituzionalmente garantiti quali, ad esempio, l'ambiente o il diritto alla salute - che vengono, di volta in volta, a confliggere con l'iniziativa economica privata la quale, in forza del secondo comma dell'art. 41, comma 2, subirà i limiti ivi previsti, Cfr. R. NIRO, op. cit., 855 ss.

<sup>46</sup> R. NIRO, Art. 41, op cit., 854 ss.

Ciò in quanto quest'ultima, comprenderebbe anche interessi economici massimamente garantiti da un funzionamento concorrenziale del mercato e tra i fini sociali cui l'iniziativa economica privata va indirizzata e coordinata ai sensi del comma 3 vi sarebbero anche quelli inerenti al funzionamento del mercato<sup>47</sup>.

## 2.1. *La tutela della concorrenza nella Costituzione: dal riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata all'affermazione del principio della libera concorrenza*

La poliedricità che, come visto, ha caratterizzato (e caratterizza) l'intero art. 41 Cost. ha dovuto confrontarsi con un cambiamento "copernicano" che ha comportato un approccio completamente diverso alle questioni sino ad ora esposte, ossia l'istituzione della Comunità economica europea e la progressiva affermazione dei principi posti alla base dell'integrazione europea, primi fra tutti il principio di «*un'economia di mercato aperto e in libera concorrenza*»<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> In tal senso G. OPPO, *L'iniziativa economica*, Relazione presentata al convegno "La Costituzione economica (a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale)", Milano, 6-7 maggio 1988, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 1, 309 ss. Sull'interpretazione della concorrenza quale limite di utilità sociale dell'iniziativa economica privata si è espressa anche la Corte costituzionale (sent. n. 241 del 1990) che, in tale occasione riconduceva i «*valori del mercato, dell'efficienza, della competitività fra le imprese e del mantenimento della concorrenza, al fine di utilità sociale cui deve essere finalizzata l'attività imprenditoriale*».

<sup>48</sup> Art. 4 del Trattato di Roma, istitutivo della CEE. In realtà, le disposizioni sulla concorrenza contenute nel Trattato di Roma del 1957 non hanno avuto una grande influenza in Italia per almeno trent'anni. Gli equilibri hanno cominciato a mutare soltanto dalla seconda metà degli anni '80 quando la Corte costituzionale ha accettato il primato del diritto comunitario sul diritto interno e quando in Europa si sono sviluppate con forza le politiche di liberalizzazione in vari settori. In tal senso, M. D'ALBERTI, *Concorrenza*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, II, 2006, 1140 ss. Sul rapporto tra l'art. 41 Cost. e il fenomeno di integrazione europea si veda anche, *ex multis*: L. CASSETTI, *Articolo 41*, in *La Costituzione italiana commento articolo per articolo*, a cura di F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI, I, 2018; G. IUDICA, *L'economia di mercato tra Costituzione italiana e Costituzione europea*, in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di G. IUDICA e G. ALPA, Napoli, 2006; E. LANZA, *Concorrenza, iniziativa economica e utilità sociale: spigolature su principi e limiti tra ordinamento europeo e Costituzione italiana* in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2016, 89 ss.; F. SAITTO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della costituzione italiana*, in *Ianus dir. e fin.*, 5, 2011, 9 ss; S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma Tre-Press, 2019.

L'idea di mercato del costituente è stata quindi intaccata dall'idea di un mercato aperto<sup>49</sup>, senza barriere (tariffarie e non)<sup>50</sup>, in cui i singoli imprenditori, in concorrenza tra di loro, tendono a migliorare la qualità dei prodotti e a ridurre i prezzi<sup>51</sup>.

Nel 1957 lo Stato italiano, infatti, aderendo al Trattato CEE, accettava il mercato «*come principio istituzionale irrevocabile*»<sup>52</sup> e riconosceva come proprio obiettivo quello di promuovere mediante «*l'instaurazione di un mercato comune e il graduale riavvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri*» uno sviluppo «*armonioso*» delle attività economiche «*nell'insieme della Comunità*»<sup>53</sup>.

Le libertà economiche a cui il Costituente aveva riconosciuto una libertà «dimidiata», acquistano, dunque, una nuova linfa diventando il «faro d'azione»<sup>54</sup> della Comunità (poi Unione), a cui viene riconosciuta l'idoneità a dar vita ad un sistema, il mercato appunto, capace di esprimere, «*in virtù dei suoi meccanismi interni di autoregolazione, il massimo realizzabile di efficienza economica e di crescita del tenore di vita complessivo*»<sup>55</sup>.

Da qui la necessità di adattare le disposizioni del dettato costituzionale ai principi derivanti dall'adesione alla Comunità.

---

<sup>49</sup> L'idea di mercato comunitario è stata definita anche di «capitalismo sociale», ossia un'economia che ai sensi dell'art. 3, par. 3, TUE, persegue lo sviluppo sostenibile attraverso una crescita economica equilibrata e la stabilità dei prezzi, mediante un'economia sociale di mercato che miri alla piena occupazione e al progresso sociale. Così G.M. RUOTOLO, *La costituzione economica dell'Unione europea al tempo della crisi globale*, in Aa.Vv. *Studi sull'integrazione europea*, Cacucci Editore, 2012, 433 ss.

<sup>50</sup> Tradizionalmente, come barriere non tariffarie sono state identificate quelle dei controlli alle frontiere, la presenza di norme e regole tecniche differenti tra Stato e Stato; le differenze tra le legislazioni nazionali, le prassi protezionistiche. Così P. CECCHINI, *La sfida del 1992. Una grande scommessa per l'Europa*, Sperling & Kupfer Editori, 1992, 13 ss.

<sup>51</sup> Definizione di F. GALGANO, Art. 41, op.cit. secondo cui la libera concorrenza è «*cardine fondamentale del sistema economico: si confida che più imprenditori in concorrenza tra loro tenderanno, per procurarsi la preferenza dei consumatori, a migliorare la qualità dei prodotti e a ridurre i prezzi; e essi tenderanno, per superarsi a vicenda, ad una sempre più intensa utilizzazione delle risorse naturali e umane, con l'effetto di accrescere la prosperità generale*».

<sup>52</sup> G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, I, 1992, 41.

<sup>53</sup> Art. 2 del Trattato di Roma. Tali principi vennero poi rafforzati con l'Atto Unico europeo e con il Trattato di Maastricht.

<sup>54</sup> Espressione utilizzata da M. Luciani che ha definito il principio della concorrenza come il «faro d'azione della Comunità» in M. LUCIANI, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, 4, 557 ss.

<sup>55</sup> R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, 2001, op. cit., 78.

Infatti, seppur dibattuto, il modello (prefigurato volontariamente o meno che si voglia dal Costituente) che aveva definito i rapporti economici del Paese era stato, come ricordato, quello della c.d. “economia mista”, modello che, davanti a tali cambiamenti, necessitava di una rilettura e di un obbligato adattamento.

Questo «*processo di emancipazione dallo schema dirigistico*» prefigurato dalla Costituzione, dunque, ha trovato nei principi posti a base dell’integrazione europea il proprio fondamento e la propria legittimazione<sup>56</sup>.

Vi era l’esigenza, in primo luogo, di sancire la compatibilità dei predetti principi economici di matrice europea con le disposizioni costituzionali in materia economica, e, conseguentemente, di stabilire se il principio della concorrenza avesse (e in che modo) un qualche tipo di copertura costituzionale e, dunque, se fosse possibile che la tutela della concorrenza fosse presente nel disegno del costituente.

In altre parole, il “fuoco” del dibattito era quello di definire il rapporto intercorrente tra la libertà di iniziativa economica dell’art. 41 Cost. e il principio della libera concorrenza e se quest’ultimo potesse trovare il proprio riconoscimento costituzionale nelle maglie dell’art. 41 Cost.

Vi è stato, infatti, chi ha ritenuto che la libertà di iniziativa economica dell’art. 41 Cost. potesse contenere al suo interno anche il principio di libera concorrenza in quanto la libertà di concorrenza sarebbe una libertà, per certi versi, conseguente alla libertà di iniziativa economica e valevole non solo, in senso verticale, nei confronti dello Stato e dei poteri pubblici, ma anche, in senso orizzontale nei confronti degli altri privati<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Sempre R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d’impresa*, op. cit., 79. Questa “emancipazione” è stata interpretata da parte della dottrina come momento determinante a tal punto da fungere da “spartiacque” tra la “vecchia” Costituzione economica” e la “nuova Costituzione economica” che troverebbe il suo caposaldo nella prospettiva ultra-nazionale. In tal senso S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, op. cit., 320 ss.

<sup>57</sup> Parte della dottrina ha ritenuto che l’iniziativa privata ed il mercato sarebbero collegati con le libertà individuali nel senso che queste ultime non potrebbero svolgersi compiutamente se non in un regime che sia anche di libertà economica. G. GUARINO, *Pubblico e privato nell’economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quaderni cost.*, 1992, 32, 21 ss. Sono da ricondurre a tale indirizzo interpretativo anche, *ex multis*: M. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, a cura di F. GALGANO, vol. III, *L’azienda e il mercato*, Padova, 1979, 471; A. PACE, *Libertà del mercato e nel mercato*, in *Pol. dir.*,

In altre parole, in tale ottica, la libertà di iniziativa economica non sarebbe da intendersi unicamente in senso verticale nei confronti dello Stato e dei poteri pubblici, bensì anche in senso orizzontale, nei confronti della generalità degli altri consociati.

Ciò in quanto, affinché possa realizzarsi la libertà di ciascun singolo di intraprendere ed esercitare la propria attività imprenditoriale, sarebbe necessaria la presenza di regole che impediscano che l'esercizio della libertà di uno pregiudichi quella degli altri<sup>58</sup>.

Secondo diversa interpretazione, invece, la libertà di iniziativa economica non potrebbe contenere in sé il principio di concorrenza in quanto la prima sarebbe unicamente una “figura verticale”, tesa a delimitare “sfere di azione” protette contro lo Stato; la seconda, invece, avrebbe natura orizzontale riferibile solo ai rapporti tra imprenditori, ossia soggetti che esercitano la libertà di iniziativa economica<sup>59</sup>.

In merito a tale dibattito, se, da un lato, non può negarsi che la libertà di concorrenza possa essere identificata quale diretta conseguenza dell'esercizio della (piena ed effettiva) libertà di iniziativa economica privata; dall'altro lato non può ritenersi che fosse nell'intenzione del Costituente, attraverso il primo

---

1993, 177; F. GALGANO, *Art. 41*, op. cit., 7 ss. Altro Autore, intendendo la libertà di concorrenza come valore implicito nella libertà di iniziativa (in quanto libertà di tutti, verso lo Stato e verso gli altri operatori) ha ritenuto di poter individuare il fondamento costituzionale del principio di libera concorrenza nell'art. 41, comma 2 e 3, e in particolar modo nella nozione di utilità sociale. Quest'ultima, infatti, comprenderebbe anche interessi economici massimamente garantiti da un funzionamento concorrenziale del mercato e tra i fini sociali cui l'iniziativa economica privata va indirizzata e coordinata ai sensi del comma 3 vi sarebbero anche quelli inerenti al funzionamento del mercato. In tal senso G. OPPO, *L'iniziativa economica*, op. cit. Sull'interpretazione della concorrenza quale limite di utilità sociale dell'iniziativa economica privata si è espressa anche la Corte costituzionale (sent. n. 241 del 1990) che, in tale occasione riconduceva i “valori» del mercato, dell'efficienza, della competitività fra le imprese e del mantenimento della concorrenza, al fine di utilità sociale cui deve essere finalizzata l'attività imprenditoriale”.

<sup>58</sup> Per un'attenta ricostruzione dei diversi orientamenti v. G. IUDICA, *L'economia di mercato*, op. cit. .

<sup>59</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, 95 ss Secondo Irti la Costituzione avrebbe ignorato l'economia di mercato non contemplando né “relazioni vicendevoli” tra gli imprenditori né quelle tra imprenditori e consumatori. Questo in quanto, a detta dell'Autore, la concorrenza doveva apparire ai costituenti come un “affare privato”, immeritevole di sostegno e protezione costituzionale e per il quale era utilizzabile il Codice civile. Secondo una differente opinione, il rapporto tra iniziativa e concorrenza dovrebbe essere ricostruito sulla base del rilievo che l'art. 43 Cost. non contiene alcun principio antimonopolistico (contra F. GALGANO, *Art. 41*, 13) la Costituzione conterrebbe un principio di libera concorrenza ed avrebbe optato per una struttura anticoncorrenziale del mercato pur, tuttavia, non prevedendo alcuna garanzia. In tal senso G. GHIDINI, *Monopolio e Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, 793 ss.

comma dell'art. 41 Cost., garantire un mercato concorrenziale agli operatori privati.

Si è vista, infatti, la titubanza con cui i Costituenti hanno riconosciuto tutela costituzionale alle libertà economiche private e le difficoltà emerse in sede di Assemblea costituente per delineare una struttura di mercato quanto più rispondente alle esigenze del tempo e che potesse comunque legarsi al progetto di trasformazione sociale delineato in Costituzione.

Tuttavia, una Costituzione che garantisce e riconosce l'iniziativa economica privata in termini di libertà (seppur, come visto, non assoluta) non può dirsi contraria a garantire, nelle maglie delle sue disposizioni, la possibilità che tale libertà venga esercitata non solo nei confronti dello Stato ma anche degli altri soggetti privati che ne sono parimenti titolari.

Se, dunque, può dirsi azzardato ipotizzare che fosse nei piani del Costituente garantire una copertura costituzionale ad un'idea di mercato ancora così distante, ciò che è certo è che seppur non vi sia stata una prefigurazione in tal senso, la «*felice ambiguità*»<sup>60</sup> di cui è pregna la Costituzione italiana è stata un valido strumento di elastico adattamento alle nuove circostanze, ai “nuovi” principi economici.

Attraverso la suddetta interpretazione evolutiva, infatti, non è parso impossibile legare il principio di libera concorrenza al dettato dell'art. 41 Cost. che ha così potuto dispiegare le sue «*potenzialità concorrenziali nascoste*»<sup>61</sup>, dimostrando come la Costituzione sia «*un contenitore adatto*» per la «*cultura del mercato*», capace di dare alle sue norme significati differenti rispetto a quelli ipotizzati dai suoi autori<sup>62</sup>.

Tuttavia, non può considerarsi priva di pregio l'opinione di chi ha ritenuto che il “cambiamento di rotta” della costituzione economica nella direzione di un'economia aperta e competitiva – anch'essa necessariamente compatibile con il parametro dell'utilità sociale quale limite della iniziativa economia

---

<sup>60</sup> G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, op. cit., 18.

<sup>61</sup> Così R. NIRO, *Art. 41*, cit., 851.

<sup>62</sup> G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, op. cit., 18.

privata<sup>63</sup> – non possa ritenersi, ad oggi, “costituzionalmente imposta” solamente in forza dell’art. 41 Cost., ma troverebbe il suo pieno riconoscimento costituzionale, nell’art. 11 Cost. che avrebbe dato modo all’ordinamento di recepire il modello di economia di mercato previsto dai Trattati senza alcuna ulteriore forzatura interpretativa<sup>64</sup>.

In tal senso, il principio della concorrenza avrebbe trovato – per il tramite della suddetta interpretazione evolutiva – il suo legame con la Costituzione economica nella libertà di iniziativa economica privata in qualità di sua diretta conseguenza<sup>65</sup>; e, per il tramite dell’art. 11 Cost, un diretto collegamento con le norme comunitarie<sup>66</sup> che ne prevedono la tutela da parte degli Stati membri,

---

<sup>63</sup> G. IUDICA, *L’economia di mercato*, op. cit., 174 ss.

<sup>64</sup> G. IUDICA, *L’economia di mercato*, op. cit., 181. Altro Autore ha rilevato che i principi fondamentali del diritto dell’economia si troverebbero “fuori dalla Costituzione statale o, se si vuole, dentro la Costituzione europea”. N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, op. cit., 101 ss. In tal senso anche F. MERUSI, *Profili costituzionali dell’integrazione comunitaria*, in  *Mercati e amministratori indipendenti*, a cura di F. BASSI e F. MERUSI, Milano, 1993, 159 ss.; B. CARAVITA, *I fondamenti costituzionali della concorrenza* in *Federalismi.it*, 2017 E similmente anche in ID., *I fondamenti europei della concorrenza* in *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, a cura di M. AINIS -G. PITRUZZELLA, 2019. Secondo l’A. il fondamento costituzionale della concorrenza (ed anche dell’Autorità antitrust), non può più essere cercato nell’art. 41 Cost o nei principi costituzionali nazionali in quanto è ormai rintracciabile solo nei Trattati europei o meglio in quel “testo sostanzialmente costituzionale (anche se non lo vogliamo chiamare costituzione), costituito dai tre blocchi TUE, TFUE e della Carta europea dei diritti fondamentali”. In senso parzialmente critico M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, op.cit. Secondo l’A. i sostenitori dell’opinione secondo la quale non avrebbe più senso interrogarsi sui fondamenti costituzionali della concorrenza dal momento che questa appare esaustivamente fondata sul diritto comunitario (e tanto più dopo che l’art. 117 Cost. è stato modificato nel senso di prevedere espressamente sia la tutela della concorrenza come materia a sé stante, sia il rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento dell’Unione). Secondo l’A. tale possibilità interpretativa, che ritiene che la concorrenza nell’ordinamento italiano sia stata unicamente “trapiantata”, sarebbe comunque tenuta ad ammettere che la concorrenza viene “mantenuta in vita e irrorata dal sistema nel quale e per il quale opera”. Sul rapporto tra sovranità e mercato si veda G. GUARINO, *Pubblico e privato nell’economia*, op. cit., 54 ss., secondo cui l’instaurazione del mercato comunitario unificato per i condizionamenti che avrebbe determinato avrebbe avuto come conseguenza la rinuncia ad una quota di sovranità, in favore dell’istituzione comunitaria “mercato. Tale “quota di sovranità”, tuttavia, non sarebbe stata persa dall’ordinamento italiano ma verrebbe solamente esercitata in modo diverso, non attraverso organi costituzionali interni bensì tramite gli organi comunitari. Sul fondamento costituzionale ed europeo del “principio di concorrenza” si v. anche F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio” di concorrenza: proprietà e fondamento* in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, 15 ss.

<sup>65</sup> L. F. PACE, *Il concetto di tutela della concorrenza, l’art. 117 Cost. e il diritto comunitario: la “costituzionalizzazione” dell’imprenditore sovvenzionato*, in *Giur. cost.*, 2004, 4681, secondo cui “il riconoscimento del diritto di iniziativa economica ha quale conseguenza la creazione della concorrenza”; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 2, 84, il quale distingue tra libertà di concorrenza soggettiva, dell’individuo (per tale intendendosi persone e imprese) e la concorrenza oggettiva, come modo di funzionamento del mercato. La prima sarebbe tutelata dall’art. 41, comma 1 Cost., e la seconda dagli ultimi due commi dell’art. 41.

<sup>66</sup> Le attuali norme comunitarie sarebbero quelle del TFUE ed in particolare gli artt. 28, 101, 102, 106. Si ricordano, inoltre, i Regolamenti nn. 2790 del 1999, 1475 del 2002, n. 1 del 2003, n. 139 del 2004.

alle quali l'ordinamento italiano è tenuto ad adeguarsi in virtù dell'art. 117, comma 1, Cost.

Tali interpretazioni furono necessarie, anzitutto, per far sì che la tutela della concorrenza non fosse del tutto estranea alla Carta costituzionale (e prevista unicamente a livello comunitario) e, in secondo luogo, perché all'interno del testo costituzionale il primo riferimento espresso alla concorrenza si è avuto solamente con la riforma del 2001 che, modificando la formulazione dell'art. 117 Cost., ha previsto, alla lettera e), la "tutela della concorrenza" tra le materie attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato<sup>67</sup>.

A ciò si aggiunga che il valore che tale esplicito riferimento ha avuto nel dibattito sopra descritto è stato oggetto di diverse opinioni.

Vi è stato, infatti, chi ha ritenuto che l'inserimento della tutela della concorrenza nell'art. 117 lett. e) abbia attribuito per la prima volta dignità costituzionale al principio di concorrenzialità del mercato ed abbia «*sgombrato definitivamente il campo da ogni equivoco circa la rilevanza costituzionale del principio di concorrenza*»<sup>68</sup>.

Tuttavia, si ritiene di concordare con quella parte di dottrina che ritiene che l'art. 117 Cost. sia una norma tesa a ripartire le competenze tra Stato e Regioni e non a «*riconoscere diritti o elevare dei valori a rango costituzionale*»<sup>69</sup> ed

---

<sup>67</sup> Sugli effetti di tale costituzionalizzazione: G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.* 2002, 3, 985 che ha osservato che la "tutela della concorrenza" prevista in una norma costituzionale comporta che venga eretta una barriera anche contro le limitazioni della concorrenza determinate dai pubblici poteri, o conseguenti alla legge, statale o regionale. E tale aspetto costituisce una novità rilevantissima se solo si consideri che la legge n. 287/90, in difetto di una garanzia costituzionale della concorrenza, non avrebbe potuto impedire al Parlamento o ai Consigli regionali di restringere la concorrenza nell'esercizio dei poteri di regolazione in campo economico. In senso analogo, v. anche M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, op. cit., 1429.

<sup>68</sup> L. CERASO, *La recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla "tutela della concorrenza" (art. 117, comma 2, lett. e): linee di tendenza e problemi aperti*, in *Giur. cost.*, 2005, 4, 3448.

<sup>69</sup> L. DELLI PRISCOLI, *Concorrenza e costituzione economica*, in L. DELLI PRISCOLI, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011, cit., 149. Secondo l'Autore l'assenza della parola concorrenza nel testo costituzionale prima della riforma del 2001 è dovuta al fatto che la ripartizione delle competenze avveniva per mezzo di un elenco espresso di materie attribuite alla Regione mentre il resto veniva riservato allo Stato (al contrario di quanto avviene attualmente). L'assenza della parola "concorrenza" dal precedente assetto dell'art. 117 Cost. si spiegherebbe nel fatto che la sua tutela era anche prima affidata allo Stato. Ciò sarebbe avvenuto anche, ad esempio, con la parola "immigrazione": la sua presenza in Costituzione non sta a significare che abbia acquisito un rango costituzionale che non aveva ma solo che la competenza delle politiche relative all'immigrazione non può che essere attribuita allo Stato.

abbia quindi avuto come unico scopo – oltre a quello di chiarirne in maniera esplicita la presenza all'interno della Costituzione – quello di esplicitare che la “tutela della concorrenza” sia una materia attribuita alla competenza esclusiva statale e non anche a costituzionalizzarne il valore<sup>70</sup>, in quanto tale funzione sarebbe da riconoscere ad altre disposizioni costituzionali<sup>71</sup>.

L'art. 117 Cost. è stato definito, infatti, quale “norma sulla competenza” e per tale ragione sarebbe stato insolito se, introducendo una norma sulla competenza, si fosse introdotto *ex novo* anche l'oggetto della stessa.

In generale, le norme sulla competenza incidono su oggetti preesistenti e ciò si evince anche analizzando l'art. 117, ove può evidenziarsi che nessuno di quegli oggetti è stato introdotto con la riforma del 2001, ma erano tutti preesistenti<sup>72</sup>.

Il rapporto tra libertà di iniziativa economica e qualificazione della concorrenza non solo è stato protagonista dei richiamati dibattiti dottrinali ma, inevitabilmente, è stato anche oggetto di diverse declinazioni da parte della giurisprudenza costituzionale che, anche in tale occasione, ha tentato di fare da “collante” tra le disposizioni costituzionali in materia economica e i principi di

---

<sup>70</sup> Tendenza costante nelle recenti pronunce della Corte è un più limitato ricorso all'art. 41 Cost. in favore di una tendenza interpretativa che vede l'art. 117 Cost., non solo come norma di competenza ma anche come norma di valore e, ad oggi, l'art. 41, viene richiamato, nei giudizi di legittimità costituzionale in combinato disposto con l'art. 117, per la tutela della libertà di impresa e della libera concorrenza. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione*, op.cit., 509.

<sup>71</sup> Sull'argomento c'è chi ha evidenziato che nonostante l'art. 41 Cost. abbia potuto esprimere le sue “potenzialità nascoste”, tuttavia, scontava il limite di un'interpretazione soggettiva della concorrenza, risolto solo con la riforma del Titolo V della Costituzione. Fino a quel momento, infatti, il rapporto tra l'art. 41 e le norme dei Trattati europei in materia di tutela della concorrenza era da ritenersi equivalente al rapporto tra un fenomeno soggettivo e uno oggettivo, nel senso che “*la norma costituzionale fonda una situazione soggettiva di libertà individuale e tutela il diritto di impresa, mentre il diritto comunitario esprime un modello di relazioni economiche e giuridiche e pone il mercato libero ed aperto come premessa per lo svolgimento della libertà di impresa*”. In tal senso F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in *Dir. e soc.*, 3-4, 2010, 379 ss., e anche E. LANZA, *Concorrenza, iniziativa economica e utilità sociale*, op. cit., 92 ss.

<sup>72</sup> In tal senso G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi, in I fondamenti costituzionali della concorrenza*, a cura di, M. AINIS-G. PITRUZZELLA, 2019, 149 ss., cit. Secondo l'A. la concorrenza era sicuramente preesistente alla riforma, non solo per il tramite dell'art. 41 bensì anche in relazione ad altre disposizioni, come, ad esempio, l'art. 3 Cost. Tale disposizione, infatti, ci dice quanto lo sviluppo della libera iniziativa economica privata non debba porsi in contrasto con l'uguaglianza forma e sostanziale dei cittadini. Quindi, a detta dell'Autore, in *nuce* c'era già tutto e a dimostrazione di ciò viene evidenziato, infatti che la Corte costituzionale, prima della novella del 2001, aveva già dedicato alla concorrenza molte sentenze (poi c'è stato lo sviluppo europeo).

derivazione comunitaria, in particolar modo nel prezioso tentativo di fornire una quanto più precisa nozione (contenutistica) della concorrenza.

La Corte costituzionale, se in alcune più risalenti decisioni ha qualificato la concorrenza quale «*valore basilare della libertà di iniziativa economica*»<sup>73</sup> e come “libertà” che integra «*la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori*»<sup>74</sup>; nella più recente giurisprudenza, invece - come è stato osservato<sup>75</sup> - questi richiami sembrerebbero essere meno frequenti in favore di una più ampia “dimensione” della medesima nozione, sulla base dei principi e delle influenze comunitarie<sup>76</sup>.

In tal senso, la Corte ha affermato, a più riprese, che «*dal punto di vista del diritto interno la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario*» e comprende non solo interventi regolativi ma anche misure antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza<sup>77</sup>.

La Corte – come anticipato nel primo paragrafo – ha anche chiarito che tali misure si specificherebbero in: a) interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali le misure legislative di tutela in senso proprio sia che contrastino gli atti ed i comportamenti delle imprese sia che incidano

---

<sup>73</sup> Corte cost. n. 240/1990.

<sup>74</sup> Corte cost. n. 223/1982.

<sup>75</sup> R. NIRO, Art. 41, op. cit., 857.

<sup>76</sup> Sullo sviluppo dell'intervento della Corte ai fini della definizione della “concorrenza” v. M. MIDIRI, *Tutela della concorrenza e giurisdizione*, Napoli, 2018, 49 ss.

<sup>77</sup> Il *leading case* di tale definizione è la pronuncia n. 14 del 13 gennaio del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, 237, con note di A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di tutela della concorrenza*, di G.P. DOLSO, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza*, di C. BUZZACCHI, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario* e di L.F. PACE, *Il concetto di tutela della concorrenza, l'art. 117 Cost. e il diritto comunitario: la costituzionalizzazione della figura dell'“imprenditore sovvenzionato”*, ivi, 4678. Le sentenze della Corte con profili definitori in tema di concorrenza sono sterminate, per ricordarne alcune: Corte cost. n. 272/2004; Id., n. 345/2004; Id., n. 336/2005; Id., n. 80/2006; Id., n. 401/2007; Id., 430/2007; Id., n.63/2008; Id., n. 160/2009; Id., n. 45/2010 n. 270/2010; Id., n. 325/2010; Id., n. 339/2011; Id., n.200/2012; Id., 291/2012; Id., 171/2013; Id., n. 94/2014; 125/2014. In tale ultima pronuncia è stato specificato che: «*la nozione di concorrenza di cui al secondo comma, lettera e), dell'art. 117 Cost. riflette quella operante in ambito comunitario e comprende: a) sia gli interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali le misure legislative di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e che ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; b) sia le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo, cioè, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche*».

negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e che ne disciplinino le modalità di controllo; b) misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo, cioè, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche.

Il concetto di tutela della concorrenza, stando alla costante interpretazione della Corte costituzionale, ad oggi, è stato ampliato fino a ricomprendere il sostegno finanziario della produzione in determinati settori economici.

Ciò in base della considerazione che la tutela della concorrenza costituisce «una delle leve della politica economica statale» e per tale ragione non può essere intesa unicamente in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di equilibri perduti, bensì anche in un'accezione dinamica, nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche tese a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di uno sviluppo sufficiente del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali.

Attraverso tali interventi, dunque, la Corte costituzionale è riuscita a delineare una nozione contenutistica del concetto di concorrenza quanto più elastica possibile e adattabile alle diverse “dimensioni” che la stessa va via via assumendo all'interno dell'ordinamento.

## 2.2. Le “potenzialità concorrenziali nascoste” dell'art. 41 Cost.

Attraverso le considerazioni sin ora svolte si è cercato di delineare e ricostruire il percorso evolutivo dell'art. 41 Cost., quale norma forse di maggior rilievo all'interno della c.d. Costituzione economica, non solo per il peso che, come visto, ha avuto all'interno del dibattito dei Costituenti ma anche per il fondamentale ruolo che ha acquisito nel corso del tempo e che ha fatto sì che essa possa essere considerata una delle disposizioni di maggior peso nello studio di ciò che oggi viene comunemente inteso per “concorrenza”.

La chiave di lettura di tale disposizione, tesa a riconoscerle (ancora) un certo pregio, può forse rintracciarsi nella “felice ambiguità”<sup>78</sup> che, come visto, caratterizza non solo le sue “formule interne” ma l’art. 41 Cost. nella sua interezza.

Questa elasticità ha permesso al dettato costituzionale, tramite una necessaria interpretazione evolutiva, di adattarsi al mutare delle esigenze economico-sociali dell’ordinamento e volendo anche ad ospitare la nuova e diversa visione del mercato offerta dall’Unione europea.

La duttilità dell’art. 41 Cost. ha espresso quindi il suo pieno potenziale a seguito dell’ingresso nella Costituzione economica dei principi di derivazione comunitaria.

Come si è detto, infatti, seppur nel pensiero dei Costituenti non vi fosse forse l’intenzione di porre, nel riconoscimento della libertà di iniziativa economica, il fondamento per l’attuazione di un mercato aperto e in libera concorrenza, è pur certo che l’art. 41 Cost., come si è visto, nonostante l’esposizione a critiche ed ideologie varie, è riuscito ad adattarsi ai mutamenti economici e sociali dell’ordinamento e ancora oggi riesce a dispiegare i suoi effetti, seppur differenti, da quelli prefigurati in sede di Assemblea costituente.

Sebbene si riconosca il pregio dell’opinione di chi ritiene che la tutela della concorrenza sia da ritenersi del tutto emancipata dal testo costituzionale e da ogni riferimento ivi contenuto, non si ritiene, tuttavia, di poter concordare con l’idea che vede la tutela della concorrenza quale elemento unicamente “trapiantato” nel nostro ordinamento.

---

<sup>78</sup> G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, op. cit., 18. Tale concetto si potrebbe ricondurre prima ancora che al primo comma dell’art. 41 (e a come è stato interpretato a seguito dell’avvento dei principi economici comunitari), alla clausola dell’utilità sociale. La presunta inconoscibilità della formula, lamentata da Einaudi, si è in realtà sviluppata, come visto, nel modo prospettato da Malagugini, ossia diventando non uno strumento di arbitrio legislativo, bensì un “principio-valvola” dell’ordinamento che ha garantito allo stesso di potersi adattare ed evolversi di pari passo con le esigenze economiche, politiche e sociali del Paese, rispondenti al processo di trasformazione sociale di cui all’art. 3, comma 2, Cost. Il rilievo che la formula dell’utilità sociale ha avuto nello sviluppo della Costituzione economica, infatti, è stato tale che alcuni hanno rintracciato in essa il fondamento per il principio di libera concorrenza. Quest’ultima, infatti, come visto, comprenderebbe anche interessi economici massimamente garantiti da un funzionamento concorrenziale del mercato e tra i fini sociali cui l’iniziativa economica privata va indirizzata e coordinata ai sensi del comma 3 vi sarebbero anche quelli inerenti al funzionamento del mercato. In tal senso G. OPPO, *L’iniziativa economica*, op. cit., 309 ss.

La diretta applicabilità della normativa europea nonché la prevalenza della stessa sulle norme di diritto interno all'insegna delle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost., e l'interpretazione evolutiva dell'art. 41 Cost., hanno fatto sì, infatti, che potesse essere pienamente abbracciato il radicale cambiamento, di cui si è detto, del modo di concepire ed interpretare l'intera Costituzione economica.

Tale integrazione è stata poi consacrata anche dalla riforma del titolo V della Costituzione che ha reso sicuramente più consistente (con le anzidette specificazioni) la garanzia della libera concorrenza nel nostro ordinamento costituzionale<sup>79</sup>.

I cambiamenti che si è cercato di ricordare hanno richiesto, al fine di valorizzare tutte le potenzialità della Carta costituzionale, infatti, un'interpretazione dell'art. 41 Cost. capace di legare la libertà di impresa al più ampio contesto della libertà economica nel mercato<sup>80</sup>.

A dimostrazione di ciò, la l. 10 ottobre 1990, n. 287 *“Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”*<sup>81</sup> all'art. 1, rubricato *“Ambito di applicazione e rapporti con l'ordinamento comunitario”* prevede, al primo comma, che *«le disposizioni della presente legge, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese»*, in attuazione *«dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica»*.

Seguendo tale interpretazione può notarsi come la Costituzione, in tale occasione, è riuscita ad avere quel ruolo che, usando le parole di Ghidini, le è

---

<sup>79</sup> Sul rilievo che tale riforma ha avuto nell'ambito della tutela della concorrenza v. M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 4, 2004, 705 ss. Secondo l'A. il “nuovo” titolo V ha contribuito certamente a rafforzare la garanzia della concorrenza e del mercato, facendone un elemento fortemente unificante nel nostro sistema giuridico. Anzitutto per via del vincolo che in questa materia discende dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali sulle leggi statali e regionali ed inoltre anche per via dell'attribuzione esclusiva alla legge statale di una materia-funzione trasversale come la “tutela della concorrenza”. In tal modo le regole e il principio della concorrenza sono divenuti una sorta di “timone” della normazione economica statale e regionale”.

<sup>80</sup> In tal senso M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza*, op. cit. e anche A. PACE, *Libertà “del” mercato e “nel” mercato*, in *La Costituzione economica*, Atti, del Convegno dell'Associazione dei costituzionalisti (Ferrara, 11-12 ottobre 1991), Cedam, 1997, 175 ss.

<sup>81</sup> Tale legge ha concretamente recepito la costituzione economica europea e ha istituito l'Autorità garante della Concorrenza e del mercato.

proprio, ossia di essere «*un ponte lanciato verso l'avvenire*»<sup>82</sup>, in grado di dispiegare le sue nascoste (e non previste) potenzialità.

Nei paragrafi e nei capitoli successivi si vedrà come la tutela della concorrenza che, come visto, ha faticato ad essere recepita a livello costituzionale, ha poi permeato non solo il mercato in generale ma, più in particolare, ha cambiato la figura del c.d. Stato banditore che, influenzato dal diritto UE, ha dovuto orientare la propria azione (anche normativa) in funzione della garanzia della concorrenza e del mercato libero e aperto.

### 3. *Il ruolo della Pubblica amministrazione nel mercato*

Al fine di inquadrare correttamente il ruolo della concorrenza e quello del potere amministrativo (in specie discrezionale) nel mercato dei contratti pubblici occorre partire da una più ampia prospettiva di analisi e guardare al più generale ruolo che l'Amministrazione detiene all'interno dei meccanismi di mercato<sup>83</sup> per poi andare ad analizzare le peculiarità legate alla figura del c.d. "Stato banditore"<sup>84</sup>.

Come parte della dottrina ha già evidenziato, il *distinguo* fondamentale che occorre compiere, anche facendo riferimento ad elementi di analisi economica del diritto, sarebbe quello – accennato nei paragrafi precedenti – tra concorrenza nella visione "macro" e in quella "micro".

Dal primo punto di vista, infatti, la normativa sui contratti pubblici e il ruolo che il potere pubblico esercita in tale mercato, vanno a collocarsi nel più generale contesto dell'azione pubblica sul funzionamento dei mercati; mentre, nella visione micro, la normativa sui contratti pubblici può essere considerata

---

<sup>82</sup> Il senso delle disposizioni costituzionali, infatti, «*risiede interamente nel modo in cui vivono*». A Differenza di quanto avviene alla legge, il cui senso si compie nel modo in cui essa dispone, le norme costituzionali sono fondamentali, poiché non esauriscono mai il loro significato: «*la Costituzione, prima ancora di articolarsi in enunciati che esprimono vere e proprie regole o norme, contiene principi, che sono cosa ben diversa dalle regole*». Per tale ragione non si può pensare che lo schema contenuto all'art. 41 possa esprimere una regola univoca e ben definita. L'art. 41 riflette un principio, non una regola, e «*il principio costituzionale non si impone alla realtà, come la volontà sovrana del legislatore, ma ne accompagna il corso operando dall'interno*». In tal senso M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione* in *Dir. amm.*, 1, 2008, 121 ss.

<sup>83</sup> Cfr. M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, op.cit., 263 ss.

<sup>84</sup> M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001.

come tesa a disciplinare un singolo atto di scambio tra due attori in un mercato determinato «*imponendo alla stazione appaltante di avviare una procedura ad evidenza pubblica ogniqualvolta decida di stipulare un contratto avente per oggetto un determinato bene, servizio o lavoro*»<sup>85</sup>.

In altre parole, secondo tale ricostruzione, nella dimensione “macro”, la pubblica amministrazione può essere considerata come un agente che opera “nel mercato”; in quella “micro” come un agente che crea artificialmente un mercato in relazione a singoli atti di scambio a cui sono interessati una pluralità di operatori economici (concorrenza per il mercato)<sup>86</sup> e ne regola l’accesso e il funzionamento attraverso precisi strumenti<sup>87</sup>.

Nella visione macro lo Stato può influenzare l’andamento del mercato in diversi modi.

Anzitutto, può agire in veste di produttore – di norma in condizione di monopolio – di beni (pubblici) fruibili gratuitamente dai cittadini, oppure può agire al fine di garantire ai cittadini la possibilità di usufruire di certi servizi dietro pagamento di un corrispettivo. Siamo qui nell’ambito dei servizi pubblici, garantiti tramite imprese pubbliche oppure direttamente con strutture operative interne agli apparati pubblici.

All’interno del mercato l’azione pubblica può poi essere di programmazione dell’impiego delle risorse scarse (governo del territorio); può essere tesa, inoltre, ad offrire ai privati l’utilizzo di risorse scarse di proprietà pubblica, da destinare alle attività imprenditoriali (ad esempio, attraverso le concessioni di beni pubblici); oppure può agire sia tramite strumenti di regolazione amministrativa<sup>88</sup> delle attività svolte dalle imprese in determinati

---

<sup>85</sup> Così M. CLARICH, ult. op. cit., 267.

<sup>86</sup> A tale concezione si ricollega la distinzione, operata all’inizio del capitolo, tra concorrenza per il mercato (visione micro) e quella nel mercato (visione macro).

<sup>87</sup> Così M. CLARICH, ult. op.cit.

<sup>88</sup> In materia di regolazione amministrativa dei mercati si sono succeduti storicamente diversi modelli di intervento. Il primo riguarderebbe le «antiche radici mercantistiche», teso a garantire situazioni di equilibrio dei mercati stessi. Un secondo modello sarebbe quello della regolazione della seconda metà del XX secolo, nel momento di maggior successo dello Stato sociale, ove la ratio ispiratrice veniva rintracciata nella necessità di dover correggere gli squilibri dello sviluppo spontaneo dei mercati, orientando gli investimenti produttivi in modo tale da realizzare risultati ritenuti ottimali in termini di giustizia sociale e di equilibrio territoriale. Per tali ragioni questo tipo di intervento è stato definito come “programmazione democratica dell’economia”. La terza “stagione” della regolazione amministrativa

settori economici, sia anche con il finanziamento delle medesime imprese attraverso sovvenzioni pubbliche (nel rispetto dei parametri posti dalla disciplina UE in materia di aiuti di Stato), oppure può collocarsi sul mercato agendo mediante l'attività produttiva di imprese di proprietà pubblica<sup>89</sup>.

Infine, un ruolo di primario rilievo viene svolto dallo Stato e dai singoli enti pubblici nella loro qualità di “grandi acquirenti” e utilizzatori di beni e servizi, mediante l'utilizzo, in particolare, di contratti conclusi con gli operatori economici presenti sul mercato.

Il contratto, infatti, rappresenta lo strumento principale di cui l'amministrazione si serve sia per acquisire le risorse strumentali e necessarie al suo funzionamento, sia per mettere a disposizione della collettività beni e servizi<sup>90</sup>.

---

dei mercati trova la sua origine nella crisi dello stato sociale e nella nascita dell'UE, con lo smantellamento dei tradizionali monopoli pubblici. Da qui sarebbero rintracciabili tre fenomeni che caratterizzano le “nuove” regolazioni amministrative: i) le nuove regolazioni tendono non più a creare o mantenere posizioni dominanti stabili in certi mercati, bensì tendono ad eliminare le posizioni dominanti create dalle regolazioni amministrative del passato; ii) la titolarità dei poteri pubblici viene tendenzialmente sottratta ai precedenti apparati burocratici e la soluzione è stata quella della creazione delle autorità amministrative indipendenti, titolari di poteri di regolazione e di amministrazione attiva. In questo contesto la regolazione amministrativa viene a giustificarsi solo come misura eccezionale, quando le regole del gioco concorrenziale non portano a risultati ottimali in quanto vengono a manifestarsi fallimenti di mercato o comunque conseguenze antisociali. Così, M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, 535 ss.

<sup>89</sup> Per tale ricostruzione si v. M. LIBERTINI, ult. op. cit., 513 ss. Ove l'A. specifica poi che alcuni di questi filoni di azione possono anche interferire tra di loro: ad esempio, un'impresa in mano pubblica può essere lo strumento per realizzare la produzione di un servizio pubblico, ma può anche essere un'impresa che sta sul mercato libero, in concorrenza con imprese private. L'intervento pubblico sul mercato poi può essere anche soltanto di regolazione del gioco concorrenziale, in mercato che mantengono la libertà di accesso e di iniziativa concorrenziale al proprio interno, ma può anche tradursi nell'attribuzione di “diritti speciali od esclusivi” a favore di determinate imprese (pubbliche o private), con esclusione della libertà di ingresso per i potenziali concorrenti. Altra parte della dottrina ha invece distinto l'azione pubblica sul mercato tenendo distinte le questioni allocative – che riguardano le decisioni circa la destinazione da dare alle risorse – dalle questioni gestionali – che riguardano il modo di attuare le decisioni del primo tipo. La prima tipologia di decisioni – che riguardano cosa produrre e a che condizioni offrire ciò che è stato prodotto – vengono solitamente attuate per mezzo di imprese pubbliche ma anche ricorrendo a soggetti privati (si fa riferimento al caso dei servizi pubblici). La scelta poi tra l'operatore economico pubblico e la concessione all'impresa privata, implica valutazioni che riguardano l'efficienza dei diversi modi possibili per produrre servizi (decisioni gestionali). In questo senso F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, V ed., Torino, 2016, 4.

<sup>90</sup> Cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, II ed., Il Mulino, 2014, 219 ove l'A. precisa anche che il ricorso a strumenti contrattuali per l'approvvigionamento di beni e servizi costituirebbe anche la conseguenza della rinuncia da parte dell'amministrazione a produrli direttamente. Questo tipo di attività, infatti, comporterebbe una scelta tra “il fare e il comprare” ossia tra l'uso di risorse proprie-interne e il ricorso al mercato. La prima soluzione implicherebbe la necessità per le amministrazioni di dotarsi di apposite strutture produttive. Tale scelta comporta, tuttavia, elevati costi di investimento. Il ricorso al mercato, invece, consente all'amministrazione di non sostenere investimenti onerosi, ma al

Per comprendere il rilievo di tale affermazione, si prenda in considerazione il dato che vede gli appalti pubblici rappresentare circa il 13% del PIL dell'Unione europea e l'11% di quello nazionale<sup>91</sup>, livelli destinati anche ad aumentare a seguito degli investimenti pubblici in programmazione per fronteggiare le conseguenze economiche della pandemia da Covid-19 attualmente in corso<sup>92</sup>.

Non stupisce, dunque, che le strategie di acquisto delle pubbliche amministrazioni, considerate come attori che operano (principalmente) dal lato della domanda, abbiano effetti sulla struttura e sulle dinamiche competitive del mercato.

Se infatti le procedure pubbliche di selezione dei contraenti sono efficienti e, dunque, tese a selezionare le imprese in grado di fornire prestazioni ottimali per le stazioni appaltanti, l'effetto complessivo è quello di favorire il successo sul mercato delle imprese migliori, garantendo così l'efficienza del mercato stesso.

Se, invece, il processo di selezione nasce distorto (a causa di un cattivo uso del potere dell'amministrazione nel delineare l'accesso al mercato), l'effetto che si raggiunge è quello di far ottenere il successo sul mercato a quelle imprese in grado unicamente di sfruttare a proprio favore le procedure di gara o che vengono favorite sulla base di valutazioni errate, e non anche a quelle capaci di fornire le prestazioni migliori<sup>93</sup>.

Nel paragrafo successivo verrà approfondito quest'ultimo "ruolo" dello Stato come acquirente di beni e servizi all'interno del mercato dei contratti

---

contrario può contare sulla capacità degli operatori privati di contenere al massimo i costi di produzione e puntare, grazie alle procedure ad evidenza pubblica, alla selezione dell'offerta più vantaggiosa.

<sup>91</sup> Cfr. Commissione europea, *Public Procurement Indicators* 2017, 9 luglio 2019 (<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/38003>).

<sup>92</sup> Si fa riferimento in particolare al piano di crescita e di sviluppo economico che dovrà essere attuato attraverso i fondi del programma Next Generation EU.

<sup>93</sup> M. CLARICH, ult.op. cit., 268 ove viene specificato che anche le politiche di acquisto e le regole volte a promuovere la centralizzazione o il decentramento dei centri di spesa hanno effetti sulle dinamiche competitive. In Italia, infatti, è noto come il mercato delle commesse pubbliche sia particolarmente frammentato dato l'elevato numero di stazioni appaltanti. Ciò comporta, di conseguenza, una frammentazione della domanda pubblica in appalti poco elevati.

pubblici (*recte*: all'interno dei "micro" mercati appositamente creati dallo stesso con le *lex specialis*) e le peculiarità legate allo stesso.

3.1. *La Pubblica amministrazione come acquirente nel mercato: la procedura di gara come "micro-mercato" e lo Stato "banditore".*

In merito alla richiamata visione "micro", occorre anzitutto considerare, come già accennato, che ogni procedura ad evidenza pubblica deve essere considerata come un atto di scambio su un singolo e determinato mercato nel quale, se quest'ultimo è concorrenziale, sono presenti anche altri acquirenti di beni, servizi e lavori del medesimo genere e un numero più o meno elevato di possibili fornitori<sup>94</sup>.

In altre parole, 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<sup>95</sup> (c.d. micro-mercato), facilitano il processo negoziale.

In tal senso, infatti, è stato affermato che la domanda di beni, servizi, lavori delle pubbliche amministrazioni che viene soddisfatta dagli operatori appartenenti ai vari settori economici, va a delineare singoli e distinti segmenti di mercato, sebbene non necessariamente sia possibile individuare (ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza) un mercato rilevante a sé stante in corrispondenza di ogni singola gara pubblica<sup>96</sup>.

Tali "micro-mercati" si differenziano – per una molteplicità di motivi – dai mercati dove gli scambi si realizzano unicamente tra soggetti privati e ciò in quanto le pubbliche amministrazioni, in veste di acquirenti, presentano diverse

---

<sup>94</sup> M. CLARICH, ult.op. cit., 269.

<sup>95</sup> Così M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, op.cit., 130; J. L. COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*, Oxford University Press, 2002, 68.

<sup>96</sup> In questo senso A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, op.cit., 36. Tale concezione è stata accolta anche dalla giurisprudenza amministrativa che, in diverse pronunce, ha appunto evidenziato come le procedure di gara siano da considerarsi come dei temporanei micro-mercati nel quale si trovano a confrontarsi gli operatori economici del settore. In questo senso v. TAR Lazio, Roma, sez. II, 07 luglio 2017, n. 8007; Id., 7 novembre 2016, n. 11038; Cons. Stato, sez.V, 18 marzo 2019, n. 1736; Id., 8 gennaio 2021, n. 284.

peculiarità che, invece, non sussistono quando sono i privati ad assumere la stessa veste<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> L'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni rappresenta una delle forme con le quali tradizionalmente si manifesta l'esercizio della funzione amministrativa, accanto agli altri due fondamentali modelli dell'agire dei pubblici poteri per provvedimenti e per accordi. Così F.P. PUGLIESE, *Contratto*, V) *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma 1988. Sul punto si v. anche V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2, 2003, 243 secondo cui «l'attività negoziale delle pubbliche Amministrazioni è soggetta invero a una serie di principi pubblicistici fortemente derogatori rispetto alla disciplina comune». Sul più generale tema dell'utilizzo dei moduli convenzionali nello svolgimento dell'attività amministrativa, la dottrina è sterminata si v. *ex multis*: A. TOMASSETTI, *Appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di R. DE NICTOLIS, M.A. SANDULLI, I, 2019, 5 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012; S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *Attività amministrativa di diritto privato*, in *I Contratti della Pubblica amministrazione*, Vol. VII, a cura di S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, III ed., Padova, 2008; 115 C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. FRANCHINI, Tomo I, Milano, 2007, 54 ss.; B. ARGOLAS, B.G. MATTARELLA, *Attività amministrativa e moduli convenzionali*, ivi, 73 ss.; Aa.Vv., *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, a cura di F. FRENI, G. CASSANO, Padova 2005; A. MASSERA, *I contratti*, in *Tratt. Dir. amm.*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, 1547; V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di attività amministrativa*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del 47° Convegno di Scienza dell'Amministrazione*, (Varenna, Villa Monastero 20-22 settembre 2001), Milano, 2002, 77 ss. secondo cui l'utilizzo dei modelli negoziali da parte delle Pubbliche amministrazioni dà luogo a un duplice ordine di questioni. La prima è quella relativa all'esistenza in capo a ciascun ente pubblico di una generale capacità di diritto privato. Sul punto sia dottrina (Giannini) che giurisprudenza (Cass. SS.UU., 16 aprile 1952, in *Foro pad.*, I, 950) hanno dato risposta affermativa. A detta dell'A., ciò sta a significare unicamente che le pp.aa., quali soggetti di diritto comune, possono essere titolari di diritti e obblighi ed altre situazioni soggettive nell'ambito dei rapporti di diritto comune (ricevere donazioni, eredità, stipulare contratti). In tal caso si parla di attività non connesse direttamente alla funzione di amministrazione in senso tecnico, come cura degli interessi pubblici. Altra questione sarebbe poi quella della possibilità di utilizzare modelli civilistici come strumenti di azione amministrativa ossia come attività di servizio per gli interessi della collettività. A questo proposito l'A. richiama le celebri parole di F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1911, rist. a cura di G. MIELE, Padova, 1960, 51: «il diritto pubblico è il diritto comune, ordinario per i rapporti fra individuo e Stato» che devono presumersi regolati dal diritto pubblico, salvo vi sia diversa indicazione in senso contrario. Per i compiti di amministrazione la regola è quindi l'uso del diritto amministrativo e l'eccezione l'uso del diritto privato. Di diverso avviso altra parte della più risalente dottrina, secondo cui «i moduli convenzionali tra potere pubblico e assoggettati (...) con l'avvento dello Stato pluriclasse sono talmente aumentati in qualità e quantità che si può parlare di un diverso modo di amministrare»; (M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 126) anzi, l'agire per via convenzionale delle pubbliche amministrazioni viene oggi valutato in termini di principio, tale da consentire l'affermazione che è il ricorso all'atto unilaterale a dover essere considerato come eccezione rispetto alla regola. Così v. G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, II, Milano, Giuffrè, 1988, p. 47 ss. Sulla tematica si v. ancora A. MASSERA, *I Contratti*, op. cit., 1555 ss.; M. SANINO, *Procedimento amministrativo e attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Torino, 2003; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia*, op.cit.; S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato delle Pubbliche amministrazioni*, in *D. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1989, 531 ss.; M. S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 988 ss.; A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, Padova, 1938, 455 ss.

Ciò in quanto essere una pubblica amministrazione, come parte di quello che resta pur sempre un “contratto”<sup>98</sup>, comporta una disciplina speciale, per quanto riguarda il momento della scelta del soggetto contraente, quello di formazione della volontà dei soggetti contraenti e anche quello di esecuzione del contratto stesso<sup>99</sup>.

Si pensi, in primo luogo, all'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione che si differenzia notevolmente dall'autonomia negoziale privata in quanto, anzitutto, deve sempre essere tesa a realizzare l'interesse pubblico<sup>100</sup> – specifico, concreto ed attuale – che rappresenta lo scopo stesso della contrattazione<sup>101</sup>, tramite la spendita di denaro anch'esso pubblico e deve poi sottostare alle regole discendenti dalla normativa nazionale e comunitaria<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Si è soliti distinguere, sin dalla legge sulla contabilità dello stato, tra contratti c.d. passivi e attivi: dai primi consegue una spesa, dai secondi un'entrata. Altra classificazione riguarda più specificatamente l'oggetto contrattuale e distingue tra: a) contratti ordinari o di diritto comune (come vendite, locazioni, contratti d'opera) che non subiscono modifiche in ragione del fatto che una delle parti sia una p.a.; b) i contratti speciali, retti da norme di diritto privato speciali ovvero da norme civilistiche di specie rispetto a quelle generali del Codice; c) contratti ad oggetto pubblico (o di diritto pubblico) che si caratterizzano per l'incontro e la commistione tra provvedimento e contratto (es. le convenzioni che si accompagnano alla concessione di un bene pubblico) e si caratterizzano per il fatto che una delle parti deve necessariamente essere una pubblica amministrazione. I contratti c.d. “ad evidenza pubblica” non costituiscono una categoria autonoma in quanto rappresentano una categoria procedimentale che, dal punto di vista sostanziale, può essere applicata a contratti ordinari, speciali e ad oggetto pubblico. In questo senso, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 670.

<sup>99</sup> Cfr. R. CARANTA, ult.op.cit., 5.

<sup>100</sup> Sul punto M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1981, 459 ss. ove in merito all'attività contrattuale delle pp.aa., ricorda che la stessa – nonostante la sua natura di strumento c.d. privatistico – è comunque sempre finalizzata alla cura di interessi pubblici. Il Consiglio di Stato, dal suo canto, ha da sempre ritenuto che l'interesse pubblico debba considerarsi come “immanente” al contratto. Sul punto, tra le pronunce più recenti v. *ex multis*: Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2017, n. 2256, secondo cui «*il contratto di diritto pubblico non può essere ritenuto come disciplinato, in via generale, dal codice civile, salvo un “condizionamento” derivante dalle ragioni di pubblico interesse perseguite, per quelle parti volute dalla legge o definite pattiziamente dai contraenti (...) la finalità di pubblico interesse è immanente al contratto, ne conforma diversamente la causa e l'oggetto, sotto il profilo della sua liceità e possibilità giuridica*».

<sup>101</sup> Cfr. E. PICOZZA, V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, II ed., 2017, 159.

<sup>102</sup> Sul punto v. Cons. Stato, Ad. plen., n. 5 del 2020, ove è stato ribadito che le peculiarità dell'autonomia contrattuale della p.a. sono legate alla specificità dell'Amministrazione e, in particolare, alla necessità che l'attività contrattuale da essa posta in essere non confligga con le finalità istituzionali e sia conforme alla normativa sia nazionale che comunitaria. Infatti, nonostante le persone giuridiche pubbliche detengono la stessa capacità delle persone giuridiche private – ha precisato il Consiglio di Stato – la capacità negoziale pubblica si manifesta sempre attraverso norme primarie e secondarie che la finalizzano e la funzionalizzano secondo fasi procedimentali tese ad assicurare il perseguimento degli interessi generali, mediante la sequenza procedimentale dell'evidenza pubblica.

Questo perché il soggetto pubblico non è libero di scegliere i propri fini ed obiettivi (o meglio, non è libero di farlo nello stesso senso in cui lo è il soggetto privato), bensì attua gli obiettivi e raggiunge i fini che gli vengono “assegnati” dall'esterno, in quanto eterodeterminati dal legislatore nel rispetto del principio di legalità quale principio generale dell'attività amministrativa<sup>103</sup>.

A titolo esemplificativo, un contratto di appalto stipulato da una amministrazione pubblica si distingue da un analogo contratto stipulato tra soggetti privati, sia per la rilevanza giuridica assunta dai motivi che spingono la parte pubblica a contrarre, sia soprattutto per le modalità di scelta del contraente.

Vieppiù che nell'ipotesi di “assegnazione” di appalti (o concessioni) da parte della pubblica amministrazione, il contratto non rileva solamente come momento costitutivo di un rapporto negoziale, né unicamente quale strumento per conseguire il pubblico interesse, ma anche come momento di allocazione di un vantaggio economico (*recte*: di un bene giuridico) che l'amministrazione decide di assegnare – tra più aspiranti in competizione tra loro – ad un soggetto piuttosto che ad un altro<sup>104</sup>, così preferendolo.

Quindi il peculiare ruolo che l'amministrazione ricopre all'interno di tali rapporti di scambio, acquista un'importanza economica di particolare rilievo

---

<sup>103</sup> Sul ruolo del principio di legalità nell'attività contrattuale della p.a. si v. *ex multis* A. MASSERA, *I contratti*, op.cit., 1564, ove l'A. evidenzia che «il principio di legalità è innanzitutto presidio contro l'esercizio innominato del potere autoritativo, inteso nel senso di realizzazione di una fattispecie concreta conforme nel nomen e nel tipo dalla fattispecie astratta di riferimento; e quindi la qualità dell'incidenza della cura dell'interesse pubblico sull'interesse privato è già definita dalla legge, che perlomeno ne definisce anche la soglia massima. All'agire per moduli convenzionali è invece quasi naturalmente intrinseco il potere di autodeterminazione del contenuto dell'atto, e quindi del regolamento degli interessi, come risultante del consenso raggiunto tra le parti; così che ormai pacificamente la giurisprudenza, civile e amministrativa, ammette la possibilità anche per le pubbliche amministrazioni di stipulare contratti 'misti' o 'innominati'». Sul principio di legalità e sull'eterodeterminazione dei fini v. *ex multis* G. CORSO, *Il principio di legalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano 2017, 15 ss.

<sup>104</sup> Cfr. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, op. cit., 167 ss. si v. anche F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, Scritti di diritto amministrativo, Milano, 1982, 323 ss. ove l'A. precisa che «quel contratto che nella sua espressione più consueta siamo soliti rappresentarci come mezzo, uno strumento di composizione e realizzazione di interessi, quando sia parte l'amministrazione pubblica viene in considerazione al tempo stesso come un bene, rispetto al quale possono manifestarsi diverse aspirazioni: cioè come un bene del quale l'amministrazione può disporre a vantaggio di questo o quel soggetto (...). Quando si tratti di commesse pubbliche si vuole che del contratto l'amministrazione disponga imparzialmente: favoritismo e abusi debbono essere impediti ad ogni costo (...)».

che non permette di assimilare gli scambi con quest'ultima a quelli che possono possibilmente avvenire tra comuni contraenti, quest'ultimi legittimati a sfruttare – per massimizzare il proprio vantaggio – anche l'antagonismo di coloro che aspirano a divenire loro controparti.

A tali considerazioni si aggiunga poi che il principio generale del buon andamento (art. 97 Cost.) richiede al committente pubblico di riuscire ad arrivare ad un esito negoziale congruo in termini di rapporto costi-benefici, avendo riguardo agli obiettivi prefissati, ai risultati ottenuti e alle risorse impiegate per conseguire tali risultati<sup>105</sup>.

Sotto un altro punto di vista, deve poi considerarsi che sebbene i contratti pubblici rappresentino lo strumento attraverso cui le pp.aa. acquisiscono dal mercato beni e prestazioni da destinare al soddisfacimento dei bisogni della collettività, occorre ricordare che, su un più ampio piano di politica economica, i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione svolgono una peculiare funzione, connessa alla quantità e alla qualità delle risorse pubbliche impiegate a tale scopo. Ciò sotto due profili: a) come definizione della domanda pubblica (in termini di selezione e quantificazione dei bisogni da soddisfare); b) come orientamento per i produttori a cui la p.a. si rivolge per acquisire i beni e servizi che le sono necessari allo svolgimento delle sue funzioni<sup>106</sup>.

È quindi chiaro che l'attività che l'amministrazione compie nel mercato dei contratti pubblici possa provocare distorsioni non di poco conto al mercato (*recte*: alla concorrenza).

Da qui le seguenti considerazioni.

Anzitutto, come accennato *supra*, il concetto di autonomia negoziale deve essere letto con diverse accezioni a seconda che esso si riferisca ad un soggetto pubblico o ad un soggetto privato.

---

<sup>105</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, 131.

<sup>106</sup> Così L. GIAMPAOLINO, *Dall'attività amministrativa al mercato*, Napoli, 2008, 324.

Più precisamente, se riferito al soggetto privato, il concetto di autonomia negoziale evidenzia l'idoneità di quel soggetto a scegliere da sé i propri obiettivi, nonché a stabilire le regole con cui raggiungerli.

Se riferito al soggetto pubblico, invece, il concetto di autonomia negoziale assume una valenza c.d. "tecnica", ossia identifica un insieme determinato di strumenti che quel soggetto può utilizzare per il perseguimento dei propri obiettivi<sup>107</sup> (*recte*: per il corretto perseguimento del pubblico interesse).

In questa ultima accezione, il concetto di autonomia negoziale non investe il piano della scelta degli obiettivi, dal momento che questi ultimi sono eterodeterminati.

In secondo luogo, la scelta allocativa compiuta dalla pubblica amministrazione deve essere soggetta al rispetto di peculiari regole in grado di garantire la correttezza e l'imparzialità della scelta medesima.

Per tali ragioni, la libertà di scelta del contraente – che costituisce uno dei fondamentali pilastri dell'autonomia privata e che vede il contraente privato, di norma, libero di scegliere discrezionalmente con chi contrarre – se riferita alla pubblica amministrazione, vede quest'ultima tenuta a scegliere il proprio contraente all'esito di una apposita procedura (*rectius*: procedimento) ad evidenza pubblica<sup>108</sup>, retta da norme di diritto pubblico.

Viene così reso noto – attraverso il procedimento ad evidenza pubblica – l'interesse pubblico<sup>109</sup> posto a fondamento dello scambio di mercato definito,

---

<sup>107</sup> In questo senso Cfr., V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto con la pubblica amministrazione*, Napoli, 2009, 183 ss. Sul punto v. anche F.G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, 2002, che distingue due accezioni del concetto di autonomia privata: i) autonomia privata come potere di regolazione dei propri interessi, escludendo dalla nozione qualunque riferimento alla libertà di apprezzamento degli interessi medesimi. In questa prospettiva sussiste certamente, a detta dell'A., l'autonomia privata della pubblica amministrazione; ii) autonomia privata come libera valutazione degli interessi e del modo di soddisfarli, escludendo vincoli di scopo e di ogni forma di attenzione per le controparti. In questa seconda accezione, sarebbe arduo sostenere che la pubblica amministrazione sia titolare di poteri di autonomia privata, in quanto essa può agire solo nel rispetto del vincolo di scopo, ossia per la soddisfazione dell'interesse pubblico. Sul punto anche R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, 235, il quale evidenzia che alle pp.aa. non è riconosciuta la capacità di determinare i propri fini, e ciò ne differenzia la posizione rispetto ai soggetti privati.

<sup>108</sup> Sul punto cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 30 agosto 2016, n. 9441.

<sup>109</sup> Si v. sul punto A. MASSERA, *I contratti*, op.cit., secondo cui «l'interesse pubblico costituisce la ragione per cui le amministrazioni rappresentano alla o alle potenziali controparti la necessità di fare

dalla più attenta dottrina, come quel procedimento amministrativo avente per l'appunto lo scopo di rendere conoscibile i motivi di pubblico interesse specifici del contratto<sup>110</sup>.

Sin da prima dell'Unità d'Italia<sup>111</sup>, quindi, il meccanismo tipico con cui l'amministrazione ha sempre selezionato i propri contraenti è stata l'evidenza pubblica e, in particolare, la gara pubblica, in quanto considerata lo strumento ideale per garantire l'imparzialità e la correttezza dell'azione amministrativa, assicurare la convenienza della stessa e (solamente in tempi più recenti) promuovere e salvaguardare la concorrenza tra privati<sup>112</sup>.

Gli interessi astrattamente tutelabili attraverso il ricorso alle procedure di gara sono stati tripartiti – da lungimirante dottrina – come segue: convenienza ed efficienza contrattuale, imparzialità dell'azione amministrativa, sviluppo della concorrenza.

Sarebbero infatti queste le “tre classi di valori” attorno alle quali hanno sempre gravitato tutte le norme e la copiosa giurisprudenza in materia di contratti pubblici<sup>113</sup>.

---

*applicazione di regole procedurali particolari e diverse da quelle utilizzate per la costituzione dei rapporti contrattuali inter-privati, caratterizzate dalla rilevanza, nei confronti di una platea più o meno ampia e più o meno determinata di terzi, di regole sostanziali in misura più o meno estesa derogatorie alla disciplina ordinaria di quel certo contratto, di poteri unilaterali per la fase di vita e di esecuzione del contratto una volta stipulato, ecc., regole e poteri tutti disciplinati essenzialmente dal diritto amministrativo». Così da sempre anche la Corte costituzionale, sul punto si veda la nota Corte cost., 19 novembre 2007, n. 401, ove viene ricordato che «l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, si caratterizza per la esistenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale. Nella prima fase di scelta del contraente l'amministrazione agisce secondo predefiniti moduli procedurali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico, ancorché siano contestualmente presenti momenti di rilevanza negoziale, dovendo la pubblica amministrazione tenere, in ogni caso, comportamenti improntati al rispetto, tra l'altro, delle regole della buona fede. Nella seconda fase, che ha inizio con la stipulazione del contratto, (...) l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale» (par. 6.8).*

<sup>110</sup> M.S. GIANNINI, ult. op. cit., 463.

<sup>111</sup> Le prime norme sulla formazione dei contratti pubblici risalgono almeno al Regno di Sardegna con la l. 23 marzo 1853, n. 1483 che all'art. 24 prevedeva: «*Tutti i contratti nell'interesse dello Stato avranno luogo a pubblici incanti*». Tale regola, dopo l'Unità, venne estesa a tutto il Regno d'Italia.

<sup>112</sup> L'evoluzione del rapporto tra tutela della convenienza amministrativa e tutela della concorrenza verrà analizzato nel capitolo successivo.

<sup>113</sup> Sugli interessi astrattamente tutelabili mediante il ricorso alle procedure di gare v. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, op.cit., 120. Secondo l'A., tale tripartizione sarebbe anche da sempre supportata dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui - sin dalle più risalenti pronunce - la ragione per cui l'ordinamento imporrebbe alle amministrazioni di scegliere il contraente tramite precise regole procedurali risiederebbe sia nella necessità di effettuare la scelta più conveniente e di salvaguardare

Nel capitolo successivo, tuttavia, si vedrà come la tutela di tali interessi sia mutata nel corso del tempo a seguito di differenti bilanciamenti operati sia a livello legislativo (dovuti soprattutto all'influenza UE) che a livello di prassi applicativa.

### 3.2. *L'esercizio del potere discrezionale della p.a. e la concorrenza per il mercato: premessa e rinvio*

L'attività amministrativa è tesa, per sua natura, al perseguimento di interessi pubblici fatti propri dall'ordinamento.

Ciò è ormai sancito anche dalla clausola di apertura della l. 241/1990, secondo la quale «*l'amministrazione persegue i fini determinati dalla legge*<sup>114</sup>».

Di norma, quindi, ogni apparato pubblico è chiamato a perseguire uno specifico interesse pubblico (c.d. interesse primario)<sup>115</sup> individuato dalla legge, e (almeno in via teorica) le scelte di ogni amministrazione dovrebbero essere tese a massimizzare il singolo interesse alla cui cura sono state designate dal legislatore<sup>116</sup>.

Tuttavia, un interesse pubblico non può mai essere curato isolatamente dal momento che lo stesso può entrare in contrasto con altri interessi sia pubblici che privati (cc.dd. interessi secondari)<sup>117</sup>.

---

l'imparzialità delle pubbliche amministrazioni, sia in quella di promuovere «*la prosperità collettiva rispettando la libertà di iniziativa economica e la genuinità della concorrenza*» (Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 1996, n. 937).

<sup>114</sup> Sul principio di legalità si v. G. CORSO, *Il principio di legalità*, op.cit., 20 ss. ove precisa che la formula di apertura dell'art. 1 (l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge) è una formula "parziale" in quanto la legge – nei rapporti con l'attività amministrativa – non si limita a stabilire i fini. Se così fosse l'amministrazione sarebbe libera da dottare qualunque mezzo idoneo a raggiungere il fine. La legge, infatti, non stabilisce solamente i fini ma anche i mezzi per raggiungerli, ossia i poteri da esercitare per il raggiungimento del fine legislativo.

<sup>115</sup> Così, come noto, M. S. GIANNINI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1970, 480; Id, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1930.

<sup>116</sup> Si v. anche A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Napoli, 1957, 251, che distingue tra interesse pubblico generico e interesse pubblico specifico. Secondo l'A., infatti, l'Amministrazione, «*pur essendo sempre inderogabilmente tenuta a ispirarsi all'interesse pubblico generico e a perseguire nel caso specifico quel particolare obiettivo concreto in funzione del quale il potere in questione le venne attribuito dall'ordinamento (interesse pubblico specifico), dispone di una certa potestà di determinazione.*»

<sup>117</sup> Sempre Giannini precisava poi che i singoli interessi secondari non giocano gli stessi ruoli: alcuni hanno un ruolo di attenuazione, altri sono così forti da impedire la realizzazione dell'interesse primario, altri ancora portano a soluzioni di compromesso. Sulla discrezionalità come comparazione di interessi si v. anche A. PIRAS, *Discrezionalità*, in Enc. Dir., XIII, Milano, Giuffrè, 1954, 67 ss.

Vieppiù che davanti a scelte complesse cresce anche il numero e la qualità degli interessi coinvolti.

In altre parole, poiché gli interessi pubblici non esistono in forma isolata, lo svolgimento delle funzioni amministrative implica la valutazione (*recte*: comparazione) di diversi interessi (anche pubblici) in rapporto a quello “primario”, la cui cura è affidata alla singola amministrazione<sup>118</sup>.

Sarebbe questa – secondo la tesi ormai maggioritaria<sup>119</sup> – la definizione di discrezionalità amministrativa: la «ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario»<sup>120</sup> che consente di soddisfare al meglio il pubblico interesse<sup>121</sup>.

Questo tipo di attività contempla quindi il continuo compimento di scelte. Ma dire che la discrezionalità consiste in una scelta – come rilevato dalla richiamata dottrina<sup>122</sup> – non è sufficiente.

Ciò in quanto anche il privato compie delle scelte ma quello che distingue la scelta dell'amministrazione nell'esercizio della sua discrezionalità è la

---

<sup>118</sup> B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. CASSESE, Tomo I, II ed., 2003, 756.

<sup>119</sup> Accanto a tale tesi nel corso del XIX e XX secolo ne sono state proposte altre. F. CAMMEO (*Corso di diritto amministrativo*, Milano 1911, rist. a cura di G. MIELE, Padova, 1960) distingueva l'attività dell'amministrazione a seconda che la stessa fosse regolata da norme giuridiche precise (attività vincolata) ovvero si svolgesse in uno spazio libero da norme (attività discrezionale). Vi è stato poi chi descriveva la discrezionalità come completamento di una norma imprecisa (E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 307 ss.) o anche chi vedeva nella discrezionalità l'applicazione di norme non giuridiche (C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nss D.I.*, V, Torino, Utet, 1968, 1102 ss.)

<sup>120</sup> Così, ancora M. S. GIANNINI, ult. op.cit., 483, che ha definito tale ponderazione come «la figura tipo della discrezionalità».

<sup>121</sup> Vi è anche chi è posto l'attenzione sul legame esistente tra discrezionalità e organizzazione della pubblica amministrazione, descrivendo il potere discrezionale come strumento indefettibile di efficienza e buona amministrazione. Così M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 88 ss. Per l'A. «discrezionalità e auto-organizzazione sono le due forme in cui si manifesta il principio di elasticità: esse sono, quindi, implicitamente e indirettamente, ma chiaramente previste dall'art. 97 Cost. come strumenti formali ed organizzativi idonei a garantire la concreta efficienza dell'amministrazione». Da qui la considerazione, secondo cui la «commisurazione dei mezzi giuridici al fine» non può essere soddisfatta attraverso l'imposizione di contenuti predeterminati ma «nella necessità di proporzionare i mezzi al fine», ove è implicito il «riconoscimento di una libertà di apprezzamento, d'una elasticità nell'uso dei mezzi (giuridici e non)».

<sup>122</sup> Così, ancora M. S. GIANNINI, ult.op.cit., 480. Sull'idea del collegamento tra il concetto di scelta e la discrezionalità amministrativa v. anche P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, 21 che descrive la discrezionalità come la «facoltà di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti, per il perseguimento dell'interesse pubblico, rispondente alla “causa” del potere esercitato».

delimitazione *ex lege* dell'ambito della scelta: quando l'amministrazione agisce deve curare l'interesse pubblico stabilito dal legislatore<sup>123</sup>.

Tuttavia, nella concezione di Giannini, come detto, gli interessi pubblici, pur se dati dalle leggi, devono poi essere acquisiti dall'amministrazione (*recte*: valutati e comparati).

Ciò sta a significare che l'interesse pubblico che effettivamente l'amministrazione persegue in ciascuna occasione non è uno degli interessi pubblici dati dalle leggi (né l'interesse primario né uno degli interessi secondari) ma è un interesse definito come "composto", "misto", frutto di confronto o compromesso, costruito dalla stessa amministrazione attraverso le operazioni di valutazione comparativa<sup>124</sup>, e quindi aderente al caso concreto.

Tali scelte compiute di volta in volta dall'amministrazione – tese a realizzare, tra più soluzioni compatibili con il dato normativo, l'interesse pubblico nel caso concreto – possono poi essere di vario genere e riguardare, tradizionalmente, l'*an* dell'azione amministrativa (quindi incidere sul se emanare o meno un certo provvedimento), il "quando" emanarlo (discrezionalità nel *quando*), con quale contenuto (nel *quid*), come esternarlo e quali elementi accidentali inserirvi (nel *quomodo*).

---

<sup>123</sup> Sul punto Giannini (Diritto Amministrativo, II, op cit., 47), ha rilevato infatti che la scelta discrezionale «*spazia in un ambito circoscritto da norme: quando l'amministrazione agisce deve curare l'interesse pubblico proprio della sua attribuzione o della sua competenza; la sua scelta è perciò finalizzata*». Per Giannini la discrezionalità poteva definirsi come "attività vincolata nel fine" o "agire libero della funzione" (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, op.cit.). In altre parole, tale concezione è legata alla funzionalizzazione del potere discrezionale alla realizzazione di interessi pubblici. Sul punto *ex multis*, v. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per eccesso di funzione*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1950, ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 991 ss. Sul collegamento tra attività e funzione si v. C. MORTATI, *Discrezionalità*, op cit., 1110, secondo il quale il presupposto della discrezionalità sarebbe «*in primo luogo il carattere funzionale del potere (...), da cui deriva l'obbligo che il suo esercizio si effettui in modo da soddisfare la funzione*». Questa concezione non vedeva più il potere discrezionale della pubblica amministrazione come assoluta libertà, giacché essa, nel perseguire i fini indicati dalla legge, doveva ispirarsi al principio di legalità, allontanando così il potere pubblico da una concezione di irresponsabilità ed insindacabilità che ne aveva caratterizzato l'essenza prima dell'avvento dello Stato liberale. Cfr. G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa. Teoria e prassi dell'inferenza probatoria nell'esercizio della funzione amministrativa e del potere giurisdizionale*, Napoli, 2021, 37.

<sup>124</sup> Sul punto F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2000, 1149.

Come evidenziato da parte della dottrina<sup>125</sup>, così intesa la discrezionalità, due sarebbero i problemi che si porrebbero: da un lato, quello dell'individuazione dell'interesse primario e degli altri interessi che l'amministrazione deve prendere in considerazione nel fare le proprie scelte; dall'altro, quello della determinazione dei criteri di bilanciamento dei diversi interessi rilevanti.

Sotto entrambi i profili, le scelte dell'amministrazione non sono interamente libere, né interamente vincolate: essa, infatti, ad esempio, non può esercitare un potere per un fine diverso da quello per il quale il potere stesso è attribuito<sup>126</sup>, né può prescindere dagli interessi dei soggetti privati coinvolti dall'esercizio del potere amministrativo; d'altra parte, però, essa può considerare interessi ulteriori rispetto a quelli indicati dalle norme e, sebbene nell'operare il bilanciamento degli interessi l'amministrazione sia tenuta a rispettare regole come quelle espresse nelle varie figure di eccesso di potere, al di là di tali regole, la scelta dell'interesse in concreto prevalente spetta all'amministrazione stessa<sup>127</sup>.

Con la discrezionalità amministrativa (c.d. "pura") non va poi confusa la discrezionalità tecnica<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> B.G. MATTARELLA, op.cit., 758.

<sup>126</sup> La scelta che avviene nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, dovendo perseguire un "fine pubblico" eteroimposto, non è libera nel fine, al contrario di quanto avviene generalmente nell'attività politica e in quella legislativa. Sul punto L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv.trim.dir.pubb.*, 1956, 993; A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir.soc.*, 1975, 561 ss, i quali tuttavia riconoscono il vizio di eccesso di potere legislativo nelle ipotesi in cui la Costituzione ponga un espresso vincolo finalistico alla legislazione.

<sup>127</sup> Così ancora B.G. MATTARELLA, op.cit., 760.

<sup>128</sup> Per Giannini la discrezionalità tecnica era addirittura un «errore storico della dottrina» (M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, op.cit., 56). Sulla distinzione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica e sulle problematiche legate a quest'ultima, la dottrina è sterminata. Si segnalano, senza pretesa di esaustività: F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo i criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 3, 275, 1902; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.* 4, 16, 1910; P. VIRGA, *Appunti sulla cd. discrezionalità tecnica*, in *Ius*, 1957, 95 ss; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. Amm.*, 1984, 463; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. Amm.* 1983, 371; G. AZZARITI, *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo Severo Giannini*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. LANCHESTER, Napoli, 1989, 408 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Milano, 2002; Id., *Discrezionalità tecnica e situazioni*

Quest'ultima rileva quando nella fase di valutazione di fatti complessi rilevanti per il successivo esercizio del potere amministrativo, l'amministrazione è tenuta a dover fare applicazione di cognizioni tecnico-scientifiche di carattere specialistico<sup>129</sup>, non giuridiche ed opinabili.

Questo tipo di "discrezionalità" poi, a differenza della discrezionalità c.d. pura, non implica alcuna possibilità di valutazione dell'interesse pubblico, né alcuna libertà di scelta<sup>130</sup> alla stregua di quest'ultimo, bensì corrisponde ad una «sfera di determinazione rigidamente vincolata a valutazioni di ordine tecnico, e cioè compiute alla stregua di certe discipline tecniche»<sup>131</sup>.

Infatti, ogni volta in cui interviene una valutazione tecnica (ad es. un giudizio circa la pericolosità di una certa malattia) l'autorità pubblica – ove non disponga anche di discrezionalità "pura" nei termini suddetti – diviene

---

giuridiche soggettive, in *Dir. proc. Amm.*, 2000, 212; L. LEVA, *Potere tecnico-discrezionale della p.a. e sindacato del giudice amministrativo: profili teorici ed applicativi*, in *Foro amm. CDS*, 10, 2002, 2665 ss.; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2004, 983 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubb.*, 2004, 439 ss.; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 791; F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, in *Dir. amm.*, 2, 2008, 257 ss.; A. PRONTERA, *L'agire discrezionale dell'amministrazione tra "vuoti" e "pieni" normativi*, in *Dir. proc. Amm.*, 2012, 1602 ss.; S. COGNETTI, *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità dell'apprezzamento del fatto da sussumere*, in *Dir. proc. Amm.*, 2013, 349; B. GILBERTI, *Consulenza tecnica, pienezza di sindacato e full jurisdiction*, in *Dir. proc. Amm.*, 2015, 745 ss.; M. GALDI, *Sisifo e l'evoluzione della discrezionalità amministrativa*, in *federalismi.it*, 9, 2018.

<sup>129</sup> Cfr. G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa*, op.cit., 44.

<sup>130</sup> In questo senso anche Giannini, secondo cui la discrezionalità tecnica non aveva «proprio nulla di discrezionale». Mentre infatti la discrezionalità, secondo l'A., si riferisce ad «una potestà, e implica giudizio e volontà insieme», la discrezionalità tecnica si lega invece «ad un momento conoscitivo e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale» (*Diritto amministrativo*, II, op cit., 55). Per tale ragione «la discrezionalità tecnica va intesa non in relazione all'interesse pubblico, ma in relazione alle regole, agli insegnamenti delle discipline tecniche, mentre la discrezionalità in senso proprio va intesa in relazione al solo pubblico interesse: la discrezionalità tecnica da luogo a una valutazione di tipo scientifico, concernente il fenomeno naturale in sé, non in coordinazione con gli altri fenomeni sociali». Per un'attenta analisi dell'evoluzione del pensiero di M. S. Giannini sul tema della discrezionalità si veda, in particolare, F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, op.cit., 1149 ss. La dottrina peraltro è stata sempre scettica nei confronti della c.d. discrezionalità tecnica: già E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 4, 20, 1910, la considerava un «istituto contingente, storico, residuo non ancora eliminato (...) di un ordinamento giuridico di altri tempi».

<sup>131</sup> Così A. M. SANDULLI, ult. op.cit., 252.

vincolata a provvedere nel modo che l'ordinamento prevede per l'ipotesi che l'apprezzamento tecnico ha contribuito a far riconoscere<sup>132</sup>.

Quindi se intendiamo il potere discrezionale come ponderazione comparativa di interessi, esso non può ritenersi sussistente ogni qualvolta l'amministrazione, per l'emanazione di un determinato provvedimento, debba utilizzare nozioni provenienti da discipline specialistiche alle quali la legge attribuisca rilevanza diretta o indiretta<sup>133</sup>.

In questo caso, infatti, non vi sarebbe una valutazione comparativa di interessi (*recte*: una scelta in senso stretto) vi sarebbe, invece, l'applicazione «di regole o standard tecnici, anche se talora non meramente meccanica»<sup>134</sup>.

In altre parole, nell'ipotesi della discrezionalità tecnica, sussisterebbe l'elemento “di giudizio” nella valutazione del fatto (elemento comune alla discrezionalità c.d. pura) ma verrebbe meno il profilo della scelta che si realizza solo nell'ipotesi in cui vi sia, come detto, un'attività ponderativa degli interessi coinvolti nell'esercizio del potere pubblico.

Ciò posto, la *ratio* posta alla base dell'esercizio di poteri discrezionali è autoevidente e può dirsi risiedere nella necessità di rispondere ad una generale

---

<sup>132</sup> Così ancora A. M. SANDULLI, ult. op.cit., 253 che specifica che nei casi in cui l'amministrazione oltre a disporre di discrezionalità tecnica dispone anche di discrezionalità amministrativa si deve parlare di discrezionalità mista. In tale ipotesi, la discrezionalità amministrativa e quella tecnica rimangono su due piani diversi: la prima attiene alla constatazione dell'effettiva presenza della fattispecie prevista dal legislatore affinché l'autorità possa legittimamente provvedere in ordine alla soddisfazione dell'interesse pubblico affidato alle sue cure (giudizio preliminare); la seconda attiene alla scelta del miglior modo di realizzare l'interesse pubblico nella situazione di fatto valutata alla stregua dei criteri tecnici.

<sup>133</sup> G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali. Contributo allo studio del potere decisionale degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 2018, 48.

<sup>134</sup> M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 192. Detto altrimenti, le scelte tecnico-discrezionali, a differenza di quelle connotate da discrezionalità c.d. “pura”, sono espressione di un potere neutrale, del tutto privo di politicità (G. TAGLIANETTI, op.cit., 50). Tuttavia, la dottrina ha da tempo evidenziato come si stia assistendo – ormai da tempo – ad una progressiva erosione della “politicità” delle scelte, a favore di un sistema decisionale fondato, prevalentemente, su apprezzamenti tecnico-scientifici (P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, op.cit., 156). In altre parole, è stato posto in evidenza, che la scelta amministrativa di “ponderazione comparativa di interessi” si riduce, sempre più spesso, a un giudizio valutativo da compiersi alla stregua di conoscenze specialistiche. Così D. DE PRETIS, op cit., 309. Così anche: E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. dell'econ.*, 1998, 511 ss, Id., *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, op.cit., 28, che vede nelle amministrazioni indipendenti un segno della progressiva tecnicizzazione della discrezionalità. Su questa tendenza già M. S. GIANNINI, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, in *Quad.plur.*, 1984, 109; M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *Scritti giuridici*, III, 1819, 1985.

esigenza di flessibilità connaturata proprio al meccanismo di attuazione delle stesse leggi: il legislatore, infatti, non può regolare *ex ante* ogni aspetto relativo all'esercizio di una data funzione amministrativa senza finire per negare ogni esigenza di flessibilità e di adattamento alle circostanze<sup>135</sup>.

La norma che conferisce all'amministrazione la possibilità di esercitare poteri discrezionali si astiene così dal disciplinare puntualmente il contenuto di attività giuridicamente rilevanti poiché reputa che la miglior cura dell'interesse pubblico possa realizzarsi affidando la definizione della regola del caso concreto all'organo cui tale potere è attribuito<sup>136</sup>.

In tal senso, la discrezionalità amministrativa rappresenta quindi lo strumento ideato dall'ordinamento giuridico per il perseguimento dell'interesse pubblico concreto nell'ambito della cornice fissata dal legislatore, nel rispetto del principio di legalità.

Già nel corso del XX secolo, tuttavia, si è assistito a un fenomeno particolare che ha visto, da un lato, crescere i possibili ambiti di applicazione dei poteri discrezionali e, dall'altro, la "risposta" degli ordinamenti contemporanei, tesa, invece, a limitarne quanto più possibile l'utilizzo.

L'aumento delle funzioni amministrative, infatti, ha determinato, nel corso del tempo, la moltiplicazione degli interessi ritenuti dall'ordinamento rilevanti e meritevoli di tutela. Ciò ha comportato, inevitabilmente, un aumento della discrezionalità amministrativa nello svolgimento di molte funzioni.

A questo fenomeno gli ordinamenti contemporanei hanno spesso reagito moltiplicando le norme che disciplinano le funzioni amministrative: sia quelle generali sia (più spesso) quelle speciali, cercando di limitare la discrezionalità dell'amministrazione attraverso previsioni analitiche e dettagliate<sup>137</sup>.

La moltiplicazione delle norme, tuttavia, rende spesso difficoltoso comprendere ed individuare la disciplina applicabile.

---

<sup>135</sup> Cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, op.cit., 162.

<sup>136</sup> Cfr. G.L. CARRIERO, *Discrezionalità amministrativa e mercati finanziari*, in *Dir. banc.*, 2012, 2, 229 ss.

<sup>137</sup> Cfr. B.G. MATTARELLA, *L'attività*, op. cit., 760.

Ciò comporta che, in un clima di incertezza sia per i consociati che per l'amministrazione, quest'ultima sia poi libera di applicare e/o interpretare le norme (confuse e poco chiare) come meglio ritenga opportuno<sup>138</sup>.

La dinamica appena delineata verrà analizzata nei capitoli successivi.

Si è visto che, dato il ruolo che l'amministrazione detiene all'interno del mercato, le scelte che la stessa compie possono provocarne distorsioni di non poco conto.

Vieppiù che il mercato dei contratti pubblici, rappresenta un settore strategico dell'economia, il cui rilancio e la cui efficienza dipendono in larga parte dall'intensificarsi della concorrenza e dall'ampliamento dello spazio per l'esplicarsi dei meccanismi di mercato in un contesto di trasparenza ed economicità.

Per tali ragioni vi è l'esigenza di garantire non soltanto il buon andamento della p.a., ma anche di stimolare una reale concorrenza attraverso la domanda pubblica.

Quest'ultima, infatti, deve essere strutturata in modo tale da permettere a più soggetti di poter rispondere dal lato dell'offerta, così da assicurare che la libera concorrenza consenta il raggiungimento di un maggiore livello di efficienza<sup>139</sup>.

Nei capitoli successivi si vedrà come il potere discrezionale ricopra un ruolo di particolare rilievo all'interno di tale mercato in quanto incide, in primo luogo, sulla concorrenza per il mercato (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al momento in cui l'amministrazione definisce la *lex specialis* con cui delinea

---

<sup>138</sup> Sul rapporto tra il potere discrezionale e l'indeterminatezza normativa v. G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa*, op.cit., 29. Gli Autori evidenziano che il rapporto che intercorre tra la norma giudica che disciplina la discrezionalità e il ragionamento inferenziale elaborato nell'applicazione della stessa al fatto concreto è caratterizzato da diversi profili di criticità. Questi ultimi sarebbero rilevabili, infatti, «*nello spiegarsi dell'azione dei pubblici poteri che è per sua natura caratterizzato da un ineliminabile, e a volte difficilmente perimetrabile, margine di discrezionalità valutativa nella cura dell'interesse pubblico*». Viene rilevato infatti, che, osservando le interrelazioni tra la tecnica di normazione e la configurazione del potere discrezionale (amministrativo e tecnico), «*quando la prima prevede disposizioni indefinite o di ordine generale, la seconda straborda spesso in ambito politico, con il rischio di trasformare la discrezionalità in mero arbitrio*». Sul punto v. anche M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come branca del diritto, in Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 38, secondo cui l'interpretazione delle norme amministrative «*è fondata su un grado elevato di manipolazione delle norme scritte*».

<sup>139</sup> Cfr. Così L. GIAMPAOLINO, *Dall'attività amministrativa al mercato*, op.cit., 325.

l'accesso a quello che abbiamo definito “micro-mercato” della procedura ad evidenza pubblica)<sup>140</sup>.

Tuttavia, l'approccio “regolatorio” del legislatore interno si è sempre fondato sull'imposizione di minuziose regole di condotta tese a circoscrivere quanto più possibile il margine di scelta dell'amministrazione.

Ciò a causa del timore che l'amministrazione possa esercitare la propria discrezionalità per colludere con la parte privata ai danni dello Stato.

Tale concezione, propria del nostro ordinamento, ha dovuto tuttavia fare i conti con il diverso approccio contenuto nelle direttive europee concretizzatosi, in particolar modo, con le direttive del 2004 e del 2014.

Dal rilievo delle conseguenze che le ponderazioni dell'amministrazione possono comportare su tale mercato è derivata, infatti, anche l'attenzione dell'UE alla materia.

Si vedrà, infatti, come l'UE abbia voluto introdurre – al contrario di quanto avviene a livello interno – un approccio teso ad aumentare i margini di scelta delle amministrazioni aggiudicatrici, ritenendo che la discrezionalità (e la flessibilità che ne discende), se esercitata in modo corretto, possa costituire un valore, in quanto consente di individuare la soluzione contrattuale migliore, tenuto conto delle circostanze del caso concreto.

Ciò posto, nei capitoli successivi si analizzerà il ruolo della discrezionalità amministrativa nel mercato dei contratti pubblici e i principali legami che intercorrono tra quest'ultima e la garanzia della concorrenza per il mercato, tra scelte legislative, prassi applicative e casi giurisprudenziali.

---

<sup>140</sup> Aspetto che verrà analizzato nel Capitolo III.

## CAPITOLO II

### IL MERCATO DEI CONTRATTI PUBBLICI TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA ED ESERCIZIO DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

#### SEZIONE I

#### L'EVOLUZIONE DEL QUADRO NORMATIVO E I PRINCIPI GENERALI DELLA MATERIA

SOMMARIO: 1. La tutela della concorrenza nell'evidenza pubblica: premessa – 2. L'evidenza pubblica e la concezione contabilistica – 2.1. Le prime direttive UE, il loro recepimento e la tutela della concorrenza – 2.2. Le direttive del 2004 e il Codice “de Lise” – 2.3. Le direttive del 2014 e il “nuovo” Codice dei contratti pubblici. – 2.3.1. La tumultuosa incertezza delle (nuove) riforme: c'è ancora un Codice dei contratti pubblici? – 3. Il ruolo dei principi (nel diritto amministrativo) e nell'evidenza pubblica. – 3.1. Il valore dei principi generali nelle direttive europee: la tutela della concorrenza e i “nuovi principi”. – 3.2. I principi generali nel Codice dei contratti pubblici: l'art. 30 c.c.p. – 3.2.1. I principi applicabili alle fasi di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici – 3.2.2. I principi applicabili alla “sola” fase di affidamento: la tutela della concorrenza e i suoi corollari.

#### *1. La tutela della concorrenza nell'evidenza pubblica: premessa*

Come detto, sin da prima dell'Unità d'Italia<sup>141</sup>, il meccanismo tipico con cui l'amministrazione ha sempre selezionato i propri contraenti è stata la gara pubblica, in quanto considerata lo strumento ideale per garantire l'imparzialità e la correttezza dell'azione amministrativa, assicurare la convenienza della stessa e (in tempi più recenti) promuovere e salvaguardare la concorrenza tra privati<sup>142</sup>.

Tuttavia, il rilievo e l'assetto dei singoli interessi tutelati all'interno della normativa in materia di contratti pubblici sono mutati più volte nel corso del tempo.

---

<sup>141</sup> Le prime norme sulla formazione dei contratti pubblici risalgono almeno al Regno di Sardegna con la l. 23 marzo 1853, n. 1483 che all'art. 24 prevedeva: “*Tutti i contratti nell'interesse dello Stato avranno luogo a pubblici incanti*”. Tale regola, dopo l'Unità, venne estesa a tutto il Regno d'Italia.

<sup>142</sup> Sugli interessi astrattamente tutelabili mediante il ricorso alle procedure di gare v. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, op. cit., 120. Secondo l'A., sulla base di una “*pacifica tripartizione*”, sarebbero: convenienza ed efficienza contrattuale, imparzialità dell'azione amministrativa, sviluppo della concorrenza. Tale tripartizione sarebbe anche da sempre supportata dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui la ragione per cui l'ordinamento imporrebbe alle amministrazioni di scegliere il contraente tramite precise regole procedurali risiederebbe sia nella necessità di effettuare la scelta più conveniente e di salvaguardare l'imparzialità delle pubbliche amministrazioni, sia in quella di promuovere «*la prosperità collettiva rispettando la libertà di iniziativa economica e la genuinità della concorrenza*» (Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 1996, n. 937).

L'anima c.d. originaria della disciplina sui contratti pubblici, infatti, è stata quella della convenienza amministrativa rispetto alla quale la concorrenza tra privati è stata considerata per lungo tempo un interesse recessivo, tutelata solo ove idonea a garantire una corretta gestione del denaro pubblico<sup>143</sup>.

La normativa nazionale sulla contabilità dello Stato<sup>144</sup>, che ha costituito per diversi decenni la disciplina fondamentale del sistema dei pubblici incanti, aveva quale obiettivo primario quello di garantire le condizioni economiche più favorevoli per l'amministrazione e tutelava la concorrenza tra imprese e la *par condicio* tra i concorrenti solamente di riflesso, nell'interesse esclusivo dell'amministrazione<sup>145</sup>.

Il ruolo secondario della concorrenza all'interno del mercato dei contratti pubblici, tuttavia, viene intaccato dal diritto comunitario e dall'obiettivo di costruire un mercato unico<sup>146</sup>, aperto e in grado di garantire le libertà economiche fondamentali (libertà di circolazione dei capitali, delle persone, dei beni e servizi e libertà di stabilimento), in cui emerge anche l'importanza nevralgica degli appalti pubblici nel raggiungimento dello stesso<sup>147</sup>.

Se nel primo capitolo si sono analizzate le problematiche sorte a livello costituzionale relative al recepimento dei richiamati principi, nei paragrafi seguenti, si intende, invece, ripercorrere la normativa sull'evidenza pubblica che si è susseguita fino alla odierna disciplina, per cercare di mettere in luce, in primo luogo, la complessità del quadro normativo che ha da sempre

---

<sup>143</sup> Cfr. S. SIMONE-L. ZANETTI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in, *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. FIORENTINO, Bologna, 2007, 119 ss.

<sup>144</sup> Si fa riferimento al r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e al regolamento attuativo approvato con r.d. 23 maggio 1924, n. 824.

<sup>145</sup> In tal senso M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, op.cit. Sull'argomento Santi Romano nel 1901 scrisse che il procedimento previsto per le gare per pubblico incanto o per licitazione privata, prevedeva l'adempimento di formalità in genere «*stabilite nell'interesse dell'amministrazione e il cui difetto, quindi, non può essere opposto dal privato*». Così S. ROMANO, *Diritto amministrativo*, Milano, 1901, 533.

<sup>146</sup> Su come, più in generale, il principio di tutela della concorrenza si sia innestato all'interno del nostro ordinamento costituzionale si rinvia al Capitolo I.

<sup>147</sup> Concetti come competizione e concorrenza sono sempre stati presenti nella disciplina relativa alla formazione dei contratti pubblici già nelle leggi di fine Ottocento dei principali paesi europei. Tuttavia, ciò che è mutato nel tempo è il significato di "messa in concorrenza", totalmente diverso rispetto a quello che sarebbe stato poi posto a fondamento delle norme comunitarie poi recepite dagli Stati membri. Così M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir.amm.*, 2, 2008, 296 ss.

caratterizzato tale settore e le sue caratteristiche principali e, parallelamente, ripercorrere le “stagioni” della concorrenza all’interno del percorso evolutivo della normativa degli appalti pubblici, al fine di verificare come il rilievo di tale interesse sia mutato nel corso del tempo sia a livello di normativa europea che (conseguentemente) interna.

Tale *excursus* costituirà il punto di partenza dei capitoli successivi ove si cercherà di appurare il valore che oggi detiene il principio della tutela della concorrenza all’interno della normativa vigente.

In particolare, le direttive del 2014 e la disciplina contenuta nel vigente Codice dei contratti pubblici (comprensivo delle modifiche intervenute con il c.d. “decreto semplificazioni”), saranno oggetto di approfondita trattazione nei successivi capitoli, in tale sede si intende unicamente tracciare le linee generali dell’attuale reticolo normativo per lasciare alla successiva trattazione l’approfondimento dei singoli istituti in esso contenuti.

## 2. *L’evidenza pubblica e la concezione contabilistica*

L’allegato F della legge 20 marzo 1865, n. 2248 può essere considerato uno dei primi e più rilevanti passi nella storia normativa della disciplina dei contratti pubblici in quanto con esso vennero unificate in un unico corpo normativo (anche se dal contenuto eterogeneo) tutte le regole per la realizzazione di opere pubbliche<sup>148</sup>.

Tale sistema di regole era funzionale ad assicurare lo sviluppo infrastrutturale di cui necessitava il neocostituito Stato unitario, perseguendo gli interessi pubblici coinvolti, tra cui ricopriva un ruolo di primo piano quello del contenimento e della razionalizzazione della spesa pubblica<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> Dei sei allegati della legge unificatrice della legislazione amministrativa l’allegato F, dedicato ai lavori pubblici, era quello dal contenuto più differenziato in quanto comprendeva la disciplina di tutti i settori allora affidati alla competenza dell’amministrazione statale dei lavori pubblici. Così A.M. SANDULLI, *I lavori pubblici*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Milano, 1967.

<sup>149</sup> A. FARÌ, *L’uso strategico dei contratti pubblici*, in *L’intervento pubblico nell’economia*, a cura di M. CAFAGNO, F. MANGANARO, Firenze, 2016, 441 ss.

Per tale ragione, infatti, la fase iniziale della disciplina dei contratti per le opere pubbliche fu strettamente connessa a quella sulla contabilità generale dello Stato, sul presupposto che i contratti, per la connessa erogazione di spesa (o di acquisizione di una entrata), incidessero sulla consistenza del patrimonio pubblico e quindi trovavano la loro disciplina «*in quel settore dell'ordinamento positivo che delinea il regime giuridico della gestione finanziaria e patrimoniale pubblica*»<sup>150</sup>.

Infatti, non solo la legge del 1865 faceva esplicitamente rinvio alla (originaria) disciplina sulla contabilità<sup>151</sup>, ma le disposizioni inerenti alla contrattazione vennero ricomprese all'interno della stessa normativa «*Sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*».

Quest'ultima (r.d. 8 novembre 1923, n. 2240) e il relativo regolamento attuativo (r.d. 23 maggio 1924, n. 827) hanno costituito per molto tempo la disciplina di riferimento in materia di contratti pubblici<sup>152</sup>.

In particolare, l'art. 37 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827 (regolamento di contabilità) prevedeva che tutti i contratti dello Stato dai quali fosse derivata una entrata (c.d. contratti attivi) o una spesa (c.d. contratti passivi) dovessero essere preceduti da pubblici incanti, eccetto che per i casi espressamente previsti dalla legge in cui poteva procedersi con la licitazione privata<sup>153</sup>.

Tale previsione era tesa a garantire che con la procedura con formalità di incanto la pubblica amministrazione potesse aggiudicare con apposito avviso d'asta (o bando di gara), il contratto al miglior offerente, inteso come colui che

---

<sup>150</sup> A. BARETTONI ARLERI, *Linee evolutive della contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Milano, 1980, 177. Si v. anche S. BUSCEMA, *Trattato di contabilità pubblica*, Milano, 1979.

<sup>151</sup> A titolo esemplificativo si richiama l'art. 325 che prevedeva che «*Alla esecuzione dei lavori e alle somministrazioni si provvede per mezzo di contratti stipulati dal Ministero dei lavori pubblici o suoi delegati, o per economia, nei limiti e secondo le norme prescritte dalla legge sulla contabilità generale dello Stato*».

<sup>152</sup> Prima ancora v. l. 22 aprile 1869, n. 5026 e relativo regolamento r.d. 4 settembre 1870, n. 5852, poi sostituiti dal r.d. 17 febbraio 1884, n. 2016 e dal regolamento di cui al r.d. 4 maggio 1885, n. 3074 e successivamente approdati nel r.d. 8 novembre 1923, n. 2440 e al regolamento di cui al r.d. 23 maggio 1924, n. 827. Per la ricostruzione normativa *ex multis*: S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, II ed., Milano 2019, 6 ss; P. BONACCI, *Il riordino normativo nel settore degli appalti di opere pubbliche*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 1995, 1-3, 253 ss.

<sup>153</sup> Per tale intendendosi una gara ristretta a cui non venivano invitati tutti i concorrenti che possedevano i requisiti di legge bensì solo alcuni scelti a discrezione dell'amministrazione in quanto ritenuti idonei. In tal senso poteva procedersi solamente nei casi previsti dall'art. 38 del regolamento di contabilità.

potesse garantire il prezzo più basso, massimizzando così la finalità di risparmio dell'amministrazione<sup>154</sup>.

Nella legge di contabilità, infatti, l'offerta migliore era quella considerata più conveniente per l'amministrazione in una logica meramente contabilistica in quanto l'interesse pubblico coincideva con l'interesse finanziario dell'amministrazione, che era tenuta a scegliere secondo il criterio del prezzo più basso, non corrispondente necessariamente all'offerta migliore<sup>155</sup>.

In quest'ottica si ricorda, a titolo meramente esemplificativo, l'art. 72, comma 2, del r.d. 827/1924 che prevedeva che quando in un'offerta vi fosse discordanza tra il prezzo in lettere e in cifre dovesse considerarsi come valida l'indicazione più vantaggiosa per l'amministrazione.

L'intera normativa di contabilità era quindi permeata dall'idea che l'Amministrazione fosse la parte contrattuale più debole e che dovesse essere tutelata, tramite una legislazione di privilegio, nell'insidiosa contrattazione con i privati appaltatori, ove l'interesse alla convenienza amministrativa doveva detenere una posizione di centralità.

L'evidenza pubblica era considerata uno strumento teso ad evitare il verificarsi di pratiche corruttive e spreco di denaro pubblico piuttosto che a garantire la concorrenza tra gli operatori privati<sup>156</sup>: interessi come la *par condicio* tra gli operatori e la massimizzazione della loro partecipazione erano presi in considerazione solo ove a favore dell'amministrazione<sup>157</sup> e vi era una forte diffidenza anche nei confronti di quest'ultima.

Nel timore che l'amministrazione potesse esercitare la propria discrezionalità per colludere con la parte privata ai danni dello Stato, la normativa rispondeva ad uno schema regolatorio di tipo “*command and*

---

<sup>154</sup> A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, op.cit., 39.

<sup>155</sup> A. FONZI, *Il principio di concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 21 ss.

<sup>156</sup> S. FANTINI, H. SIMONETTI, op.cit., 7.

<sup>157</sup> Si pensi, ad esempio, all'art. 37 che, al secondo comma, prevedeva la possibilità di suddividere l'appalto in più lotti solo ove ciò potesse risultare «*più vantaggioso per l'amministrazione*». L'attuale disciplina della suddivisione dell'appalto in lotti verrà trattata nel Capitolo III, sezione II.

*control*”, fondato sulla imposizione di minuziose regole di condotta tese a circoscrivere quanto più possibile il margine di scelta dell’amministrazione<sup>158</sup>.

La “piramide valoriale” che caratterizzava la disciplina dell’evidenza pubblica prima dell’avvento del diritto comunitario vedeva, quindi, al primo posto l’interesse alla convenienza amministrativa e alla corretta gestione delle risorse pubbliche, seguito da quello della tutela dell’imparzialità dell’amministrazione, teso ad evitare che la stessa potesse colludere con i privati ai danni dell’Erario.

L’accesso dei privati al mercato dei contratti pubblici e i connessi interessi alla *par condicio*, alla massima partecipazione e alla concorrenza tra gli stessi non erano valori sconosciuti al legislatore di quell’epoca ma venivano presi in considerazione solo ove tesi a garantire un *favor* per l’amministrazione, in specie economico.

Quest’ottica ha permeato la normativa nazionale per lungo tempo, sino all’avvento del diritto comunitario che, senza dimenticare le esigenze di tutela delle risorse pubbliche, ha visto nella disciplina dei contratti pubblici uno strumento di primaria importanza nel raggiungimento degli obiettivi della Comunità europea, primo fra tutti la creazione e il consolidamento del mercato unico<sup>159</sup>.

## 2.1. *La tutela della concorrenza, le prime direttive UE e il loro recepimento*

Come noto, sin dal Trattato di Roma del 1957, tra i principi cardine della “Costituzione economica europea”<sup>160</sup> vi è quello di garantire – in un mercato

---

<sup>158</sup> Così S. SIMONE-L. ZANETTI, op.cit., 124.

<sup>159</sup> A. FARÌ, op.cit., 444.

<sup>160</sup> Sul concetto di Costituzione economica europea si veda, *ex multis* S. CASSESE, *La Costituzione economica europea*, op.cit., 907; Id., *La nuova costituzione economica*, op.cit. L’Autore, a seguito del fenomeno di integrazione europea, ha ritenuto opportuno parlare di una “nuova costituzione economica” rispetto a quella delineatasi fino a quel momento nell’ordinamento italiano e delineata dagli artt. 41, 42 e 43 della Costituzione. Sui legami tra Costituzione e tutela della concorrenza sia consentito il rinvio a A. COIANTE, “*Le potenzialità concorrenziali nascoste*” dell’art. 41 Cost., in *federalismi.it*, 4, 2020. Si rinvia, inoltre, al primo capitolo e ai riferimenti ivi contenuti.

interno<sup>161</sup> «caratterizzato dall'eliminazione tra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali» (art. 3, comma 1, lett. c) Trattato CE) – «un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» (art. 4, comma 2, Trattato CE).

Nonostante, inizialmente, nel Trattato istitutivo della CEE non vi fosse alcun riferimento agli “appalti pubblici nazionali”<sup>162</sup>, la Comunità europea prima e l'Unione europea poi, hanno compreso l'importanza nevralgica degli stessi nel raggiungimento del mercato interno<sup>163</sup>.

Venne intuito che, per realizzare una piena integrazione economica, occorreva eliminare non solo le barriere tariffarie ma anche quelle non tariffarie alla libera circolazione dei fattori produttivi e tra queste ultime gli appalti pubblici occupavano una posizione di primaria importanza<sup>164</sup>.

Da qui la necessità di armonizzare, attraverso lo strumento delle direttive, le legislazioni degli Stati membri così da aprire la concorrenza, garantendo alle imprese europee la partecipazione alle commesse pubbliche indipendentemente dallo Stato di originaria appartenenza e in condizioni di parità con le imprese locali.

Il primo passo in tal senso furono, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, le direttive c.d. di prima generazione<sup>165</sup> tese a creare i presupposti per

---

<sup>161</sup> Inizialmente il Trattato istitutivo della Comunità europea utilizzava il termine “mercato comune” per indicare la liberalizzazione degli scambi dei fattori produttivi tra Stati membri. Con l'Atto unico europeo e con l'intermediazione della Corte di Giustizia a tale espressione ha iniziato poi ad affiancarsi quello di “mercato interno”. Così T. M. MOSCHETTA, *Il riavvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, Cacucci, 2018, 36 ss.

<sup>162</sup> Un esplicito richiamo agli appalti pubblici nazionali fu inserito solo con l'Atto unico europeo del 17 febbraio 1986 (art. 130F).

<sup>163</sup> COM (85) 310, *Libro bianco sul completamento del mercato interno*, 14 giugno 1985, parr. 81 ss.

<sup>164</sup> S. SIMONE-L. ZANETTI, op. cit., 126.

<sup>165</sup> In particolare, riferimento è alla direttiva 71/304/CEE tesa a sopprimere le restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici; alla direttiva 71/305/CEE che disciplinava il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (di importo superiore al miliardo di lire) e alla direttiva 71/306/CEE di modifica della precedente; alla direttiva 72/277/CEE relativa alle modalità e alle condizioni di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee dei bandi di gara per appalti e concessioni di lavori pubblici. Sugli effetti «dirompenti» della direttiva 71/305/CEE si v. G. GRECO, *Direttive CEE e appalti di lavori pubblici*, in AA. VV., *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Giuffrè, Milano, 1990. Hanno fatto seguito poi le direttive 77/62/CEE e 77/63/CEE per il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture. Quale direttiva di “prima generazione” viene considerata anche la direttiva 80/767/CEE. Sul tema AA.VV., *Le norme di adeguamento alle direttive CEE in materia di appalti pubblici di lavori*, Milano, 1979; F. SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori*,

un mercato interno degli appalti pubblici attraverso l'eliminazione, in primo luogo, delle discriminazioni basate sulla nazionalità degli operatori economici e, più in generale, attraverso la tutela delle quattro libertà fondamentali garantite dal Trattato, nei confronti delle limitazioni ad esse imposte dalle normative nazionali.

Queste prime direttive, come evidenziato, hanno posto le premesse metodologiche che andranno a costituire il “nucleo duro” del *corpus* normativo dei contratti pubblici (prima comunitario e poi eurounitario) e si fondavano sulle seguenti argomentazioni<sup>166</sup>.

Anzitutto, il Trattato tutela la libertà di prestazione di servizi e il diritto di stabilimento e tale tutela richiede l'eliminazione di qualunque restrizione alla circolazione (tra gli Stati membri); in secondo luogo, per realizzare tale obiettivo vi deve essere anche il «*coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione*» degli appalti «*per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di alte persone giuridiche di diritto pubblico*»<sup>167</sup>.

Questa operazione si prevedeva fosse realizzabile tramite un'attività di armonizzazione delle regole dei diversi Stati membri secondo il rispetto di principi quali: il «*divieto delle prestazioni tecniche di carattere discriminatorio, sufficiente pubblicità degli appalti, elaborazione di criteri obiettivi di partecipazione e istituzione di una procedura che permetta di assicurare congiuntamente tali principi*»<sup>168</sup>.

Tali direttive, anche per il loro orientamento a carattere essenzialmente “negativo” e di armonizzazione minima<sup>169</sup>, furono per molto tempo (quasi)

---

servizi e forniture. *Commentario sistematico*, Cedam, Padova, 2004, 212. Per una ricostruzione particolarmente puntuale v. M. A. SANDULLI, *L'oggetto*, in *Trattato sui Contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2008, 5 ss; ma anche F. SCIAUDONE, *Le nuove direttive appalti e concessioni: recepimento, elementi critici e opportunità, anche alla luce delle recenti novità normative*, in *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, a cura di C. FRANCHINI-F. SCIAUDONE, Editoriale Scientifica, 2015, 12 ss.

<sup>166</sup> F. CORTESE, *Diritto eurounitario dei contratti pubblici*, in, *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A SANDULLI - R. DE NICTOLIS, vol. I, Giuffrè, 2019, 99 ss.

<sup>167</sup> Così il primo considerando.

<sup>168</sup> Così il terzo considerando.

<sup>169</sup> Sulla più generale tematica dell'armonizzazione si rinvia *ex multis* a T. M. MOSCHETTA, op. cit.

ignorate dagli Stati membri<sup>170</sup>. Si pensi, ad esempio, all'Italia che recepì le prime direttive in materia di appalti pubblici di lavori solamente dopo diversi anni e a seguito di una procedura di infrazione<sup>171</sup>.

L'ambito di applicazione, inoltre, era particolarmente ridotto in quanto disciplinavano solo i lavori e le forniture all'infuori dei c.d. settori esclusi per i quali non era stata prevista alcuna armonizzazione delle procedure di ricorso<sup>172</sup> e, inoltre, le disposizioni comunitarie presentavano ampie lacune di cui le amministrazioni aggiudicatrici approfittavano per non ricorrere alle procedure aperte<sup>173</sup>.

Vieppiù che, da un punto di vista soggettivo, le direttive si applicavano solamente alle "Amministrazioni aggiudicatrici" per tali intendendosi unicamente lo Stato, gli enti pubblici territoriali ad esclusione di tutti i soggetti formalmente privati ma sostanzialmente pubblici<sup>174</sup>.

Queste prime direttive comunitarie, quindi, apportarono un primo contributo positivo all'apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza, tuttavia, molto limitato.

---

<sup>170</sup> Come evidenziato nel già citato *Libro bianco sul completamento del mercato interno* COM (85) 310. Di tale avviso anche la Corte di Giustizia che in merito alle direttive di prima generazione affermò che ogni qualvolta gli Stati membri si trovano a recepire il contenuto delle direttive non possono discostarsene in modo sostanziale. Così Causa C-103/88.

<sup>171</sup> Il recepimento avvenne con la l. 9 agosto 1977, n. 584, successivamente integrata e modificata dalla l. 10 dicembre 1981, n. 741 e dalla l. 8 ottobre 1984, n. 687. A livello nazionale, restava fermo, inoltre, il ricorso alla legislazione di contabilità di Stato per i contratti attivi e per i contratti sotto le soglie definite dalle stesse direttive. Sulla l. del 1977 si v. A. BARETTONI ARLERI, op.cit., 200 ss. ove l'A. evidenzia che la l. n. 584, pur se indubbiamente importante, aveva limitato il suo intervento unicamente alla disciplina dell'evidenza pubblica di solo due fattispecie contrattuali: l'appalto di opere pubbliche e la concessione di sola costruzione con valore superiore al miliardo di lire. Tale risultato fu comunque frutto di un fagocitato periodo di riflessione, concentratosi in sede di approvazione della legge. In tale sede, il Parlamento riuscì a mediare sull'orientamento restrittivo del Governo che riteneva necessario "l'adempimento comunitario" solo in merito alla disciplina inerente alla procedura di aggiudicazione e non anche a quella delle altre fasi dell'evidenza pubblica. Al contrario, nelle intenzioni del Parlamento vi era quella di adottare una disciplina «più moderna, idonea ed omogenea con quella di altri Paesi comunitari, relativamente alle altre fasi dell'evidenza pubblica».

<sup>172</sup> Le prime direttive ricorsi risalgono agli anni novanta del secolo scorso. In particolare, si richiamano le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, rispettivamente per i settori ordinari e per quelli speciali.

<sup>173</sup> In questo senso si v. l'allegato n. 1 del libro verde del 27 novembre 1996 "Gli appalti pubblici nell'unione. Spunti di riflessione per il futuro".

<sup>174</sup> Si v. F. MASTRAGOSTINO-E. TRENTI, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, II ed., Giappichelli, Torino, 2019.

A livello nazionale, inoltre, restava fermo il ricorso alla legislazione di contabilità di Stato per i contratti attivi e per i contratti sotto le soglie definite dalle stesse direttive.

Fu solo dalle direttive degli anni Ottanta e Novanta, cc.dd. di seconda generazione<sup>175</sup>, che si iniziò ad introdurre un quadro normativo man mano più omogeneo e dettagliato (sempre con l'obiettivo di ridurre le differenziazioni legislative esistenti tra gli Stati membri). Ad esempio, venne estesa la disciplina comunitaria anche agli appalti pubblici di servizi, venne introdotta la nozione di organismo di diritto pubblico e venne prevista una regolamentazione *ad hoc* per i settori esclusi<sup>176</sup>.

In generale, inoltre, con tali direttive venne data un'impostazione più attenta ad impedire l'elusione da parte delle Amministrazioni delle regole di pubblicità, trasparenza, imparzialità, ad esempio, tramite la tipizzazione delle procedure di gara in aperte, ristrette e negoziate<sup>177</sup>.

Iniziava a maturare la consapevolezza dei c.d. costi della "non-Europa"<sup>178</sup>, delle inefficienze derivanti dalla mancata attuazione e realizzazione degli obiettivi che erano stati posti dalle direttive<sup>179</sup>, e della conseguente necessità di

---

<sup>175</sup> In particolare, si richiama la direttiva 89/400/CEE che modifica la direttiva 71/305/CEE in materia di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici; la direttiva 93/36/CEE per il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture; la direttiva 93/37/CEE per il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. Nell'ottica di garantire l'applicazione effettiva della disciplina sostanziale il legislatore comunitario adotta anche le prime direttive ricorsi (89/665/CEE e 92/13/CEE). Per un'analisi di tali direttive si v. AA. VV., *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, op. cit.

<sup>176</sup> 93/531/CEE e 93/38/CEE.

<sup>177</sup> In questo senso v. F. MASTRAGOSTINO-E. TRENTI op cit., 5 ss.

<sup>178</sup> Dal nome del rapporto della Commissione "*Il costo della non Europa nel settore degli appalti pubblici*" del 1988, noto come «Rapporto Cecchini» dal nome del Consulente della Commissione che lo ha curato. Sul tema si v. P. CECCHINI, *La sfida del 1992*, op.cit.

<sup>179</sup> In particolare, si v. Il libro verde del 27 novembre 1996 "*Gli appalti pubblici nell'unione. Spunti di riflessione per il futuro*". In tale sede veniva evidenziata, in primo luogo, l'importanza dei contratti pubblici per lo sviluppo del mercato unico. L'obiettivo comunitario in tal senso veniva così precisato: «*predisporre le condizioni di concorrenza necessarie affinché gli appalti pubblici siano aggiudicati senza discriminazioni, pervenire ad un'utilizzazione razionale del pubblico denaro attraverso la scelta dell'offerta migliore, rendere accessibile ai fornitori un mercato unico che offra importanti sbocchi e rafforzare così la competitività delle imprese europee*». Venivano poi messe in luce le problematiche più rilevanti riscontrate nei primi tentativi di attuazione della legislazione comunitaria in materia. Quale prima causa di inefficienza veniva individuato il mancato recepimento delle direttive da parte degli Stati membri, la cui inerzia, infatti, aveva indotto la Commissione ad intraprendere ben trentanove procedure di infrazione.

garantire, invece, attraverso una politica comunitaria di carattere “positivo”, la realizzazione effettiva di un mercato senza discriminazioni all’accesso e realmente aperto alla concorrenza tra le imprese dei vari Stati membri<sup>180</sup>.

Vi era la coscienza che, nel mercato dei contratti pubblici, prima dell’entrata in vigore della disciplina giuridica comunitaria, gli acquisti pubblici degli Stati membri si orientavano principalmente (se non unicamente) verso il mercato nazionale, spesso tenendo poco conto dei criteri volti ad ottenere il migliore rapporto qualità-prezzo. In siffatte condizioni gli operatori nazionali non erano certo motivati a migliorare la loro competitività.

Per tali ragioni, a livello comunitario, la principale finalità di una disciplina armonizzata in materia era quella di predisporre le condizioni di concorrenza necessarie affinché gli appalti pubblici potessero essere aggiudicati senza discriminazioni, pervenendo ad un’utilizzazione razionale del pubblico denaro attraverso la scelta dell’offerta migliore, e rendendo accessibile agli operatori un mercato che potesse offrire importanti sbocchi e rafforzare così la competitività delle imprese europee<sup>181</sup>.

Rispetto al passato, maggiore organicità della disciplina veniva garantita anche a livello nazionale dalla c.d. legge Merloni o legge quadro sui lavori pubblici (l. 11 febbraio 1994, n. 109)<sup>182</sup>, strumento con cui il legislatore aveva cercato di reagire ai fenomeni corruttivi emersi a seguito del fenomeno c.d. Tangentopoli, dettando una disciplina peculiare delle procedure di affidamento

---

<sup>180</sup> V. A. MASSERA, op. cit., 45.

<sup>181</sup> Si richiama ancora una volta il libro verde del 27 novembre 1996 “*Gli appalti pubblici nell’unione. Spunti di riflessione per il futuro*”, par. 2.

<sup>182</sup> Tale legge era dedicata unicamente agli appalti di lavori sopra e sotto la soglia comunitaria, mentre gli appalti di valore pari o superiore alla soglia comunitaria di forniture, servizi nonché lavori, servizi e forniture dei settori speciali, erano disciplinati da tre decreti legislativi (rispettivamente d.lgs. n. 358 del 1992, d.lgs. n. 157 del 1995, d.lgs. n. 158 del 1995) che avevano recepito le rispettive direttive in materia. 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 *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. MERLONI, L. VANDELLI PASSIGLI, Astrid, 2010, 437 ss.; A. CARULLO-A. CLARIZIA, *La legge «Quadro» in materia di lavori pubblici*, Padova, Cedam, 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, Giuffrè, 1986; F.P. PUGLIESE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. IX, 1988; A. CIANFLONE-G. GIOVANNINI, *L’appalto di opere pubbliche*, Roma, Giuffrè Editore, 1999.

dei contratti di lavoro, sia sopra che sotto la soglia comunitaria<sup>183</sup> anche in termini di maggior rigore rispetto alla disciplina comunitaria<sup>184</sup>.

La l. quadro, infatti, aveva dettato discipline parzialmente differenti da quella comunitaria prevedendo, ad esempio, una rigida separazione tra attività di progettazione ed attività di esecuzione dei lavori, limitando il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche inserendo elementi di differenziazione sull'utilizzo della trattativa privata e sull'introduzione delle varianti.

Riguardo a tali previsioni si pose anche il problema della loro conformità alla direttiva allora vigente (89/440/CEE poi trasfusa nella direttiva 37/1993/CEE).

Tuttavia, la Corte costituzionale<sup>185</sup> ritenne infondate le questioni di costituzionalità sollevate dalle Regioni in relazione alle procedure di scelta del contraente ed ai criteri di aggiudicazione previsti dalla l. n. 109 del 1994, che prevedeva metodi di selezione del contraente anche più rigorosi rispetto alle direttive comunitarie.

Questi ultimi vennero ritenuti costituzionalmente legittimi, in quanto diretti ad assicurare, a detta della Corte, la concorrenza in modo ancora più esteso.

Successivamente i principi in questione hanno subito taluni temperamenti ma l'impianto generale è rimasto sostanzialmente invariato.

Il fine ultimo di tale disciplina "rafforzata" era quello di limitare al massimo i poteri discrezionali delle stazioni appaltanti attraverso l'utilizzo di disposizioni particolarmente dettagliate tese a disciplinare le procedure di gara in modo minuzioso, lasciando all'amministrazione un minimo e residuo margine di scelta<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> F. MASTRAGOSTINO-E. TRENTI, op.cit., 4 ss.

<sup>184</sup> La normativa sugli appalti veniva vista come un'occasione per riportare delle regole in un settore che si rifiniva fonte di illeciti penali continuati, continuativi e molto gravi. Tuttavia, l'ottica che ha determinato la genesi di questa normativa ne ha anche costituito il limite di fondo. In questo senso. G. MONTEDORO, *Mercato e potere amministrativo*, Napoli, 2010, 200. Ulteriori riflessioni sull'argomento sono rinvenibili anche nel lavoro di G. MONTEDORO-R. DI PACE, *Gli appalti di opere, dal collegato infrastrutture alla legge obiettivo*, Milano, 2003.

<sup>185</sup> Corte cost., 7 novembre 1995, n. 482.

<sup>186</sup> Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'art. 21 della legge Merloni che indicava quello del prezzo più basso quale criterio ordinario di valutazione delle offerte, consentendo alle stazioni appaltanti

In merito ai principi generali della materia, l'art. 1 della suddetta legge, prevedeva che *«in attuazione dell'art. 97 della Costituzione l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici deve garantirne la qualità ed uniformarsi a criteri di efficienza e di efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori»*.

Il richiamo immediato all'art. 97 Cost. (e quindi il collegamento diretto con i principi generali che governano l'organizzazione e il funzionamento delle pubbliche amministrazioni), come è stato evidenziato, sarebbe stato frutto di una prospettiva ancora finalizzata a mettere in primo piano unicamente l'interesse pubblico, in conformità alla originaria concezione contabilistica, in modo da garantire che lo stesso non potesse essere subordinato all'interesse all'apertura concorrenziale del mercato<sup>187</sup>.

Quindi se, da un lato, il legislatore comunitario tentava, pur se ancora piuttosto debolmente, di armonizzare la normativa interna dei singoli stati, in modo da consentire agli operatori economici di poter competere con pari possibilità all'interno dello spazio europeo; dall'altro, il legislatore nazionale delineava una normativa in cui l'interesse alla concorrenza risultava anticipato, anche solo testualmente, da principi di matrice unicamente economica e ove residuavano minimi spazi per l'esercizio della discrezionalità amministrativa.

Questa fase del rapporto tra diritto comunitario e diritto nazionale è stata caratterizzata dal tentativo di adattare il diritto comunitario al diritto interno e non viceversa, e il diritto alla libera concorrenza tra operatori fungeva al massimo unicamente come limite negativo di compatibilità della normativa in materia piuttosto che come un valore positivo da tutelare<sup>188</sup>.

---

di ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa solamente in ipotesi eccezionali e tassativamente previste, a differenza di quanto avveniva a livello comunitario ove i criteri erano già considerati come meramente alternativi.

<sup>187</sup> Cfr. A. MASSERA, *Principi procedurali*, in, *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS vol. I, Giuffrè, 331.

<sup>188</sup> In tal senso E. PICOZZA, *I lavori pubblici*, in, *Appunti per un manuale di diritto pubblico dell'economia*, a cura di P. JARICCI Roma, 1996, 605 ss.

## 2.2. Le direttive del 2004 e il Codice “de Lise”

Il vero cambiamento di rotta nella disciplina dei contratti pubblici (prima a livello comunitario e poi a livello interno) si è avuto solo con le direttive 2004/18/CE<sup>189</sup> e 2004/17/CE<sup>190</sup>, che sono state il frutto di un lungo processo di revisione avviato dalla Commissione nel 1996<sup>191</sup> e culminato con tali direttive, c.c.dd. di terza generazione<sup>192</sup>.

Gli Stati membri, come anzidetto, per molto tempo non hanno orientato le proprie politiche in tema di contratti pubblici in chiave pro-competitiva anche a causa del fatto che la disciplina europea ha impiegato molti anni prima di riuscire ad incidere in maniera significativa nel settore.

La mancata introduzione di politiche incisive e ragionate che potessero garantire una tutela reale della concorrenza in questo settore ha consentito ai singoli Stati di rapportarsi al principio della concorrenza con modalità non univoche e contingenti<sup>193</sup>.

Le patologie rilevate, in più occasioni, dalla Commissione europea in merito alle normative nazionali (oltre al mancato, parziale o non corretto recepimento

---

<sup>189</sup> Relativa al “Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi”. Per un approfondito esame si rinvia a R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005.

<sup>190</sup> Relativa al “Coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali”.

<sup>191</sup> La Commissione prese nota dell’insufficienza delle misure normative sino a quel momento adottate e della necessità di indispensabili adeguamenti per raggiungere le finalità di apertura concorrenziale che si era posta.

<sup>192</sup> Tali direttive furono il frutto di un lungo periodo di riflessione. In primo luogo, la Commissione con la comunicazione dell’11 marzo 1998, 143, prospettava la redazione di un unico testo della materia che ricompresse le varie discipline. Tale possibilità è stata poi ripresa in due proposte dell’11 luglio e del 30 agosto del 2000, poi sfociate nelle direttive del 2004, Cfr. M.A. SANDULLI, *L’oggetto*, op.cit., 11. Sulle direttive del 2004 si vedano, senza pretesa di esaustività: AA. VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI Giuffrè, 2005; L. FIORENTINO, C. LACAVA, *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm., Quaderni*, 9, 2004; M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urban. App.*, 2004, 7, 755 ss; G. MARCHIANÒ, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e n. 18/2004*, 31 marzo 2004, in *Riv. trim. app.*, 2004, 854 ss.; R. RONIGER, F. NEUMAYR, H. HEMMELRATH, *Public procurement 004/2005: The legal framework and practice keeps developing*, in *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2006, Special Report*, 57 ss.

<sup>193</sup> In questo senso L. FIORENTINO, *Nuovi modelli organizzativi, tecnologie, processi nel public procurement: opportunità per maggiore concorrenza, efficienza, rinnovamento del mercato?*, Relazione al Seminario “Più valore alla pubblica amministrazione”. *Appalti pubblici tra efficienza e trasparenza*, Roma, 23 novembre 2005, in *Astrid.it*.

della normativa), riguardavano, a titolo meramente esemplificativo: il ricorso a nozioni generali differenti da quelle contenute nelle direttive; un ricorso eccessivo alla procedura negoziata, perlopiù senza pubblicazione del bando e al di fuori dei limiti tassativi previsti a livello comunitario; la scarsa qualità dei bandi; l'utilizzo di criteri di aggiudicazione incompatibili con l'impostazione generale delle direttive<sup>194</sup>.

Con le direttive del 2004, invece, vi è stata una svolta nella politica comunitaria e si è cercato di rendere il mercato degli appalti pubblici più aperto e competitivo.

Il primo obiettivo che il legislatore comunitario ha inteso raggiungere con tali direttive è stato, anzitutto, quello di accorpare in un unico testo<sup>195</sup> la disciplina relativa ai contratti pubblici di lavori, servizi, forniture sia nei settori ordinari che nei settori speciali e di fornire una disciplina per lo più uniforme della materia, andando a consolidare nella stessa anche tutti gli orientamenti della Corte di Giustizia che avevano consentito, sino a quel momento, il progredire della disciplina previgente<sup>196</sup>.

Tale riordino della materia ha segnato, in primo luogo, il superamento della settorialità che aveva contraddistinto i precedenti interventi (anche) eurounitari.

---

<sup>194</sup> Così R. MARZULLI, G. MICARELLI, *Appalti pubblici: il quadro normativo e la governance*, in AA. VV., *Concorrenza bene pubblico. Ricerca per il Convegno biennale 2006 del centro studi di Confindustria*, vol. II, 2006.

<sup>195</sup> In particolare, si faceva riferimento alla direttiva 92/50/CEE che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, alla direttiva 93/36/CEE che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e alla direttiva 93/37/CEE che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. Data tale frammentarietà, la Commissione volle riunire, modificare e semplificare il contenuto delle suddette direttive e arrivare a detenere in un'unica sede la disciplina degli appalti di forniture, di lavori e di servizi. Tale approccio era teso a salvaguardare la coerenza del diritto comunitario e a far sì che gli "utilizzatori" potessero beneficiarne: «se le direttive devono essere recepite dalle legislazioni nazionali, è pur vero che gli operatori economici come pure le amministrazioni aggiudicatrici si riferiscono spesso ai testi delle direttive, segnatamente ai fini dell'interpretazione dei testi nazionali. Pertanto, anziché far riferimento a testi distinti che trattano in gran parte le stesse questioni, costituiti rispettivamente da 35 articoli (forniture), 37 articoli (lavori) e 45 articoli (servizi), si avrà a disposizione un testo unico più chiaro nella sua struttura, composto da 82 articoli». In questo senso COM (2000) 275 «Proposta di direttiva del parlamento europeo e del consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori».

<sup>196</sup> In questo senso il Considerando n. 1 della direttiva 2004/18/CE, ove viene rilevato che la stessa è necessaria per rispondere «alle esigenze di semplificazione e di modernizzazione formulate sia dalle amministrazioni aggiudicatrici che dagli operatori economici nel contesto delle risposte al Libro verde adottato dalla Commissione il 27 novembre 1996» e che si basa «sulla giurisprudenza della Corte di giustizia» (considerando n. 2).

Gli altri obiettivi che sono stati posti a fondamento di questo pacchetto di direttive, possono così riassumersi: a) semplificazione e rafforzamento della disciplina vigente, ritenuta talvolta troppo dettagliata e compressa, al fine di rendere tale mercato più efficiente e competitivo; b) modernizzazione della normativa e delle procedure applicate, consentendo un più largo utilizzo delle nuove tecnologie; c) massimizzazione della flessibilità degli strumenti giuridici utilizzati<sup>197</sup>.

Il bilanciamento “centrale” all’interno di tali direttive vedeva, da un lato, l’urgenza di garantire maggiore flessibilità alle stazioni appaltanti; dall’altro, la doverosa necessità di conformare l’esercizio di tale “libertà” nel rispetto dei principi del Trattato tra cui, in primo luogo, quello della tutela della concorrenza.

Ruolo di primaria importanza, infatti, venne dato proprio ai principi fondamentali della materia inseriti nel considerando n. 2 della direttiva 2004/18/CE ove veniva specificato che *«l’aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico, è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai quelli della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi»* ma anche ai principi che dalle stesse libertà derivano ossia quelli di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.

Veniva poi precisato che, per le procedure sopra soglia, era necessario altresì elaborare *«disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza»*.

All’interno del testo, il ruolo dei principi si fermava ad una generale enunciazione all’art. 2 della stessa: *«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano*

---

<sup>197</sup> Cfr. L. FIORENTINO, *Verso un Codice unico degli appalti*, in *Astrid-Rassegna*, 23, 2006.

*gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».*

Nell'ottica della semplificazione e della flessibilità, con tali direttive sono stati poi introdotti nuovi strumenti in grado di attribuire maggiore libertà di azione alle stazioni appaltanti, pur nel rispetto della concorrenza.

Si pensi, ad esempio, all'ampliamento (sia per tipologia che numero) delle procedure di aggiudicazione: accanto alle classiche procedure allargate, ristrette e negoziate sono stati introdotti gli strumenti del dialogo competitivo e dell'accordo quadro; ma si pensi anche al maggior *favor* per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La direttiva 2004/17/CE segna poi anche il passaggio da una regolazione di tipo “*command and control*” ad una regolazione cooperativa tesa a valorizzare il potere di scelta dell'amministrazione<sup>198</sup>.

A livello nazionale, tale mutamento si è avuto inizialmente con il recepimento delle suddette direttive nel “*Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*” (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 165)<sup>199</sup>, meglio noto anche come Codice “De Lise” (dal nome del Presidente della Commissione tecnica che ne ha curato la redazione) a cui va riconosciuto, anzitutto, il merito di aver raccolto per la prima volta in un unico contesto, le numerose, non omogenee e stratificate

---

<sup>198</sup> Cfr. S. SIMONE-L. ZANETTI, op.cit., 131.

<sup>199</sup> L'art. 25 della l. 18 aprile 2005 n. 62 (legge comunitaria del 2004) delegava il governo al recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, al fine di proseguire il disegno di unificazione della materia tracciato dal legislatore europeo, prevedendo la raccolta in un unico testo normativo dell'intera disciplina degli appalti pubblici, sia nei settori ordinari che in quelli speciali. Il Codice fu poi sottoposto a due decreti correttivi i dd.lgs. nn. 6 e 113 del 2007. Sui nuovi “codici” di settore introdotti in quello stesso periodo e sulla distinzione con i testi unici si v. AA.VV., *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2005. In merito alle peculiarità di tale delega e alle sue finalità si v. P. DE LISE, *Introduzione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, op.cit., tomo I, ove viene precisato che in sede di attuazione della delega si pose il problema se dare alla stessa una lettura minimale, limitandosi al recepimento delle due direttive e ad un'attività di semplice coordinamento di esse con la legislazione vigente, ovvero se compiere un'opera più incisiva, idonea a dare vita ad un autonomo e organico *corpus* normativo. Con l'avallo del Consiglio di Stato (parere del 6 febbraio 2006, n. 355) e sulla scia di quanto era già avvenuto in sede comunitaria è stata poi preferita la seconda strada. Sul Codice del 2006 si v. oltre alla dottrina sopra indicata, *ex multis*: G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, G. GRECO, Milano, Giuffrè, 2007; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, EPC libri, 2007; AA.VV., *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di M. SANINO, Torino, Utet, 2007; AA.VV., *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, a cura di R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2007; AA.VV., *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Torino, Giappichelli, 2007.

disposizioni che, nel corso degli anni, avevano regolato l'affidamento di lavori e l'acquisizione di servizi e forniture da parte di soggetti pubblici o ad essi equiparati<sup>200</sup>.

Come sottolineato anche dalla Corte costituzionale, è da tale momento che a livello di diritto interno si è concretamente realizzato il definitivo superamento della c.d. concezione contabilistica, che qualificava la normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, fino a giungere al perseguimento della finalità di tutela della concorrenza quale strumento per il consolidamento del mercato unico<sup>201</sup>.

Il Codice ha comportato, infatti, una significativa evoluzione rispetto al passato in quanto il vincolo derivante dalle direttive europee, combinato con la necessità di osservare gli orientamenti della Corte di giustizia, ha imposto al legislatore delegato di discostarsi dalla strada seguita dalla l. 109 del 1994, *«così da prefigurare un modello di amministrazione in grado di attuare una propria “politica” degli appalti e di motivare le scelte dei metodi di gara o dei criteri di aggiudicazione in relazione alle diverse peculiarità delle situazioni di fatto»*<sup>202</sup>, di rivolgersi al mercato con una maggiore elasticità, sempre nel pieno rispetto dei principi di parità di trattamento, di trasparenza, di non discriminazione, di economicità, di concorrenza.

Ciò ha trovato rispondenza nei due dei criteri espressamente fissati nella legge di delega.

Il primo è stato quello della semplificazione che ha costituito un ulteriore incentivo a ridurre i vincoli per le stazioni appaltanti, permettendo loro di utilizzare al meglio le potenzialità del mercato. L'altro è stato quello della flessibilità degli strumenti giuridici che, sulla scia di quanto stabilito dal legislatore UE, è stata garantita (anche) nel codice con l'aumento del numero e della tipologia delle procedure di aggiudicazione (realizzato, come visto,

---

<sup>200</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, *L'oggetto*, op.cit., 5 ss.

<sup>201</sup> Corte cost., n. 401 del 2007 (par. 6.6), in *Foro amm.- CdS*, 2007, 3026; in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 624 con nota di C. LACAVA; in *Giust. amm.*, 2007, 1264, con note di A. CELOTTO e V. PETRI; in *Riv. giur. edil.*, 2008, I, 101, con note di F. GHERA e R. DE NICTOLIS.

<sup>202</sup> Così P. DE LISE, op.cit.

attraverso la previsione, accanto alle classiche procedure allargate, ristrette e negoziate, di strumenti organizzativi e negoziali nuovi, come il dialogo competitivo, l'accordo quadro, le aste elettroniche e le centrali di committenza)<sup>203</sup>.

Con le direttive del 2004 e, ancor di più, con il loro recepimento da parte dei singoli Stati membri (e dunque, in Italia, con il Codice del 2006) si era quindi palesata la possibilità di rendere il mercato degli appalti pubblici più aperto e competitivo, sia per mezzo dell'accoglimento di strumenti in grado di garantire maggiore flessibilità e libertà di scelta delle amministrazioni aggiudicatrici, sia volendo garantire il rispetto effettivo dei principi di parità, trasparenza, non discriminazione e concorrenza.

Tuttavia, il Codice del 2006 con i suoi 257 articoli e i 359 articoli del Regolamento attuativo<sup>204</sup>, nonostante il pregio di aver accorpato in un unico testo una normativa particolarmente frammentata e di aver recepito principi di vitale importanza per la crescita del mercato dei contratti pubblici, non ha fatto conseguire i risultati sperati.

Se, da un lato, infatti la normativa europea aveva come principale obiettivo quello garantire maggiore apertura ed efficienza al mercato degli appalti pubblici (anche) concedendo maggiore discrezionalità alle singole stazioni appaltanti, gli stessi obiettivi, pur se formalmente considerati di primaria importanza anche dal legislatore interno, non sono stati pienamente raggiunti con il codice del 2006.

L'approccio del legislatore europeo, meno formalistico e a favore di modelli più flessibili, si è scontrato, infatti, con l'impianto tradizionale dell'ordinamento italiano caratterizzato, principalmente, da un fitto reticolo di regole rigide improntate ancora sullo schema "*command and control*".

---

<sup>203</sup> Ancora P. DE LISE, op.cit. Altri strumenti tesi a garantire una "concorrenza effettiva" sono stati, secondo parte della dottrina (a titolo esemplificativo) anche "*un più articolato contraddittorio nella fase di verifica delle offerte anomale; il principio di equivalenza delle specifiche tecniche inerenti le prestazioni contrattuali, accompagnati dall'introduzione dei (nuovi) modelli organizzativi, delle tecnologie e dei processi descritti, orientati in chiave dinamica per creare un sistema amministrativo favorevole alla concorrenza*". In tal senso L. FIORENTINO, *Il Codice degli appalti*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2006, 1176 ss.

<sup>204</sup> D.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207.

Tale impianto, storicamente fondato sull'esigenza di garantire tutela dallo "spettro" della corruzione, (in particolar modo dopo Tangentopoli) è stato da ostacolo alla realizzazione della flessibilità richiesta dalle direttive europee<sup>205</sup>.

Il Codice del 2006, tuttavia, può identificarsi come un primo tentativo<sup>206</sup> di far coesistere questi due approcci: il primo, tipico della disciplina europea, incentrato sull'esigenza di aprire il mercato dei contratti pubblici alla concorrenza; il secondo, tradizionalmente legato alla disciplina italiana, connotato dalla visione "contabilistica" e dallo schema regolatorio del "command and control"<sup>207</sup>.

### 2.3. Le Direttive del 2014 e il "nuovo" Codice dei contratti pubblici

L'ultimo intervento di sistema, da parte dell'UE, in materia di contratti pubblici è stato quello del pacchetto direttive del 2014<sup>208</sup> (cc.dd. di ultima generazione).

---

<sup>205</sup> Tale aspetto verrà approfondito nei capitoli successivi.

<sup>206</sup> Parte della dottrina fa riferimento al Codice del 2006 come ad una "falsa partenza" dal momento che, dalla sua entrata in vigore, vi sono state molteplici modifiche e decreti correttivi. Così M. CLARICH, *Codice dei contratti pubblici: ancora correttivi e modifiche*, in *Corr. Giuri.*, 11, 2006, 1485 ss. Anzitutto, infatti, con l'approvazione della l. 12 luglio 2006, n. 228, di conversione con modificazioni del d.l. 12 maggio 2006, n. 173 (cd. milleproroghe), vi fu la sospensione, sino al 1 febbraio 2007, di diversi istituti tesi ad aumentare la flessibilità del sistema e per questo guardati con sospetto (a titolo esemplificativo si ricordano gli istituti del dialogo competitivo e degli accordi quadro). Successivamente, vi fu un primo decreto correttivo (d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6), seguito da un secondo (d.lgs. 31 luglio 2007, n. 117) e da un terzo correttivo (d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152), quest'ultimo teso a garantire l'adeguamento del sistema alle censure mosse dalla Commissione europea in sede di procedura di infrazione (n. 2007/2309) in merito ad alcune disposizioni ritenute incompatibili con le direttive comunitarie o incomplete rispetto a quanto previsto nelle stesse. In tal senso si v. G. FIDONE, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, II ed., Giappichelli, 2019, 19 ss.

<sup>207</sup> Tale confronto tra modelli sarà oggetto di puntuali approfondimenti nei paragrafi successivi.

<sup>208</sup> Si fa riferimento in particolare alle direttive n. 2014/23 sulle concessioni; n. 2014/24 sugli appalti pubblici e n. 2014/25 sulle procedure di appalto nei settori speciali. Sull'argomento v. *ex multis*: AA. VV., *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, a cura di S. GALLO, Maggioli, 2014; AA.VV., *EU Public contract law. Public Procurement and Beyond*, a cura di M. TRYBUS, R. CARANTA, G. EDELSTAM, Bruxelles, 2014; AA. VV. *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni, elementi di criticità e opportunità*, a cura di C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE, Napoli, 2015; F. CORTESE, *Diritto eurounitario dei contratti pubblici*, op. cit.; M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. amm.*, 4, 2016, 436 ss.; F. MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, 11, 2015; L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, testo della relazione per il 61 Convegno di Studi Amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna 17-19 settembre 2015, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Tale intervento riformatore<sup>209</sup>, in linea con la strategia “Europa 2020”<sup>210</sup>, vedeva tra i principali obiettivi da raggiungere nel settore dei contratti pubblici, 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>211</sup>.

Tali direttive si sono mosse su due “binari paralleli”: infatti, da un lato, proponevano l’obiettivo di accrescere l’efficienza della contrattazione pubblica, attraverso un’opera di massima semplificazione della disciplina, anche grazie all’utilizzo di procedure di aggiudicazione più moderne e flessibili (con la conseguenza di assicurare maggiore discrezionalità alle amministrazioni); dall’altro, ponevano in risalto il c.d. uso strategico dei contratti pubblici, ossia il perseguimento di obiettivi anche sociali (*recte*: non unicamente economici).

In altre parole, accanto e in aggiunta al primario e tradizionale obiettivo di garantire un’effettiva concorrenza tra le imprese che operano su tale mercato, veniva posta in risalto anche la finalità di accrescere l’efficienza della spesa pubblica attraverso la tutela di interessi diversi quali, ad esempio, la tutela delle piccole e medie imprese (di seguito anche solo PMI)<sup>212</sup> o la tutela dell’ambiente, del lavoro, della salute<sup>213</sup>.

---

<sup>209</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 le 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>210</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. In tal senso si v. anche il “*Libro verde sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici*” del 27.1. 2011.

<sup>211</sup> Così il considerando n. 1 della direttiva 2014/24.

<sup>212</sup> Tale aspetto verrà approfondito nel capitolo III, sezione II.

<sup>213</sup> Si v. in particolare i considerando 40 e 41 della direttiva 2014/24.

Nell'ottica di far sì che tali considerazioni non venissero ritenute unicamente mere enunciazioni di principio, a tale rilievo teorico è conseguita un'attenzione, per così dire, “pratica” che ha trovato concretezza, ad esempio, nella disciplina sulla struttura del bando, sulla determinazione dei requisiti tecnici, sui criteri di aggiudicazione e sulle condizioni di esecuzione del contratto.

Può dirsi, dunque, che la prima grande differenza tra la disciplina europea del 2004 e quella del 2014 sta, anzitutto, nell'aggiunta (o anche solo nella più ampia considerazione) di ulteriori interessi e principi meritevoli di tutela, da accostare a quello della tutela della concorrenza e dell'apertura del mercato<sup>214</sup>.

Se infatti tale interesse ha permeato tutta la disciplina delle direttive del 2004 – facendo, come visto, anche da “spartiacque” tra quanto sino a quel momento compiuto – nel nuovo pacchetto di direttive, può dirsi che l'interesse dell'UE sia andato “oltre la concorrenza”.

In altre parole, la tutela della concorrenza (e la garanzia della sua effettività) è rimasta comunque la *ratio* ispiratrice dell'intera disciplina europea – data la convinzione che sia proprio la concorrenza il primo e più rilevante strumento per assicurare l'efficienza del processo di acquisizione di lavori, servizi e forniture da parte delle amministrazioni pubbliche<sup>215</sup> – tuttavia, il vero cambiamento da ricondurre a tale ultimo pacchetto di direttive, sta proprio nella considerazione (se non del tutto nuova quantomeno migliore e più effettiva) di ulteriori interessi e valori da tutelare.

Il recepimento di tali direttive è avvenuto, non senza complessità, con l'approvazione del “nuovo” Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> Da un punto di vista meramente formale, è *ictu oculi* evidente la maggiore complessità della “nuova” disciplina, trattandosi di un corpo normativo di ben 259 articoli (di cui 204 per gli appalti e 55 per le concessioni), laddove, invece, le direttive del 2004 constavano di 159 articoli in tutto. Dal punto di vista del contenuto, la precedente disciplina viene toccata in maniera particolarmente incisiva, senza tuttavia stravolgerne la struttura di fondo (ad esempio della direttiva 2004/18/CE sono risultati come modificati circa il 70% dei paragrafi). In tal senso v. A. MANZIONE, *Codificazione dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS vol. I, Giuffrè, 2019, 171 ss.

<sup>215</sup> Cfr. L. TORCHIA, op. cit., 2.

<sup>216</sup> Il legislatore nazionale, conscio dei ritardi che caratterizzano l'elaborazione dei testi normativi, aveva ritenuto opportuno di adempiere agli obblighi sovranazionali, attraverso l'utilizzo di due deleghe

Il testo del Codice è stato definito, da parte della dottrina, come «*la combinazione di due diverse anime*» in quanto, da un lato, esso ha recepito in unico testo le tre direttive del 2014 (scelta peculiare del legislatore italiano in quanto vi era la possibilità di recepirle anche con testi legislativi separati), ispirandosi alle linee direttrici delle direttive stesse (ossia la maggiore flessibilità dei modelli tesa a garantire una maggiore efficienza degli acquisti e il c.d. uso strategico degli appalti); dall'altro lato, il *corpus* del codice risulta essere figlio del diritto interno e, in particolare, del retaggio del “vecchio” Codice del 2006 e di esigenze proprie dell'ordinamento interno<sup>217</sup>.

La tecnica di recepimento utilizzata, infatti, non è stata di certo quella del c.d. “*copy out*” (utilizzata, ad esempio, in Francia) con cui il legislatore nazionale si limita a recepire unicamente quanto è indicato nell'atto normativo europeo, bensì, ancora una volta, si è preferito aggiungere norme tipiche del diritto interno, anche di nuova ideazione.

Ciò è avvenuto nonostante all'interno della delega fosse stato espressamente ribadito il principio del divieto del c.d. *gold plating*<sup>218</sup> ossia il «*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive*» (art. 1, comma 1, lett.a) l. 28 gennaio 2016, n. 11), il che ha comportato il deferimento di diverse questioni alla Corte

---

prevedendo l'adozione di: a) un primo decreto di recepimento delle direttive, da adottare entro la data del 18 aprile 2016, prevista dalle stesse per adempiere all'obbligo di recepimento, e b) un secondo decreto, finalizzato, invece al riordino generale della disciplina vigente, mediante l'emanazione di un nuovo Codice dei contratti pubblici. Tale “sdoppiamento” della delega voleva consentire al Governo di elaborare un Codice più organico e armonizzato con la disciplina di settore. Il Governo, tuttavia, ha invece deciso di avvalersi della facoltà (parimenti prevista dalla delega) di adottare un unico decreto legislativo entro il 18 aprile 2016. La conseguenza, tuttavia, è stata quella precisata dal Consiglio di Stato in sede di parere al codice (parere n. 855/2016), secondo cui «*il testo del codice risente dei tempi ristretti e presenta pertanto inevitabili incoerenze sistematiche, refusi, disposizioni non ben coordinate, imprecisioni lessicali e di recepimento, essendo mancata, verosimilmente, una pausa di ponderazione e rilettura complessiva dell'articolato*». Cfr. A. LONGO, E. CANZONIERI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2018, 10.

<sup>217</sup> V. G. FIDONE, ult. op. cit., 45 ss.

<sup>218</sup> Definito dal Consiglio di Stato come necessità di «*riduzione degli oneri non necessari, e non anche in un abbassamento del livello delle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive*» (parere n. 855/2016).

di Giustizia, prima fra tutte quella inerente alla disciplina del subappalto, sospettata di incompatibilità (poi confermata) con la disciplina comunitaria<sup>219</sup>.

Tra le principali novità apportate dal Codice, vi è stata sicuramente la modifica circa le modalità attuative della disciplina in esso contenuta: se nella vigenza del previgente Codice (ma anche, come visto, nella vigenza della legge Merloni) l'attuazione della disciplina era stata demandata ad un sistema "rigido", costituito dal richiamato Regolamento unico (d.p.R. 207/2010), nel "nuovo" impianto normativo il Regolamento viene sostituito da un sistema più flessibile c.d. di *soft law* o *soft regulation*.

Tale sistema, caratterizzato dall'utilizzo dello strumento delle "linee guida"<sup>220</sup> emanate dall'Autorità nazionale anticorruzione<sup>221</sup>, ha creato, sin dalle prime applicazioni, non pochi problemi inerenti, in particolar modo, all'assenza di vincolatività di alcune di esse e al loro inserimento nella gerarchia delle fonti. Tali difficoltà applicative hanno provocato non poche criticità, prime fra tutte quelle in merito alla garanzia della certezza del diritto<sup>222</sup>.

Per tali ragioni il legislatore con il d.l. n. 32/2019, il c.d. "Sblocca cantieri"<sup>223</sup> (a soli tre anni dall'entrata in vigore del previgente sistema) ha

---

<sup>219</sup> La questione verrà affrontata nel Capitolo III, sezione I, par. 6.

<sup>220</sup> Sul tema, senza pretesa di esaustività v. C. INGENITO, *Linee guida e legalità*, in *Sicurezza, legalità ed economia*, a cura di A. STERPA, A. COIANTE, Napoli, 2020; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. Amm.*, 2, 2017; G. A. GIUFFRÈ, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *federalismi.it*, 2, 2017; G. MORBIDELLI, *Le linee guida Anac*, in *Aspetti della transizione nel settore dell'energia: gli appalti nei settori speciali, il market design e gli aspetti di governance*, Atti degli Atelier Aiden 2017, Giuffrè, 2017; M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, op.cit., 436 ss; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2016.

<sup>221</sup> In particolare, il sistema si fondava su tre tipologie differenti di atti: a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'Anac; b) le linee guida adottate con delibera dell'Anac a carattere vincolante erga omnes; c) le linee guida adottate con delibera dell'Anac a carattere non vincolante. A chiarirne la natura giuridica è intervenuto anche il Consiglio di Stato in sede consultiva (parere n. 1767 del 2016) rilasciato in relazione alle linee guida Anac relative al RUP, all'offerta economicamente più vantaggiosa e ai servizi attinenti all'Architettura e all'Ingegneria.

<sup>222</sup> Sul più generale tema della certezza del diritto si v. tra i più recenti contributi, *ex multis*: F. FRANCARIO, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, in *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, a cura di F. FRANCARIO e M.A. SANDULLI, Napoli, 2018; M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici*, in *Federalismi.it*, 11, 2018 ID., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018.

<sup>223</sup> Convertito con modificazioni dalla l. 55 del 2019. Tale provvedimento aveva come dichiarato obiettivo quello del rilancio immediato del settore dei lavori pubblici ed è intervenuto sul codice con

deciso di fare “un passo indietro” prevedendo il ritorno al sistema del c.d. “Regolamento unico”.

L’emanazione del Regolamento (dopo due anni non ancora avvenuta), tuttavia, non comporterà un superamento integrale del sistema delle Linee guida, ma solamente parziale<sup>224</sup>, con la possibilità di creare una pluralità di antinomie e incertezze interpretative che non potranno che ledere la già precaria instabilità del sistema normativo della materia<sup>225</sup>.

A livello prettamente contenutistico, per quanto qui di interesse, tra le novità principali si ricordano (a titolo meramente esemplificativo) il recepimento delle nuove procedure flessibili (quali ad. es., il dialogo competitivo, il partenariato per l’innovazione o la procedura competitiva con negoziazione); ma anche la consacrazione del *favor* per il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e il relegamento del criterio del prezzo più basso ad ipotesi marginale<sup>226</sup>; ed ancora il maggior *favor* per le PMI che ha fatto sì che venissero

---

tre diverse modalità: i) alcuni istituti sono stati sospesi fino al 31 dicembre 2020; ii) sono state introdotte alcune disposizioni con vigenza limitata al biennio 2019-2020; iii) sono state modificate diverse disposizioni a regime e ne sono state introdotte di nuove.

<sup>224</sup> Le materie in cui interverrà il Regolamento, infatti sono: a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell’esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali. Restano dunque fuori dall’ambito di applicazione del Regolamento, ad esempio, il tema del grave illecito professionale (linee guida Anac n. 6) o quello del tema dei sistemi di monitoraggio da applicare in caso di partenariati pubblico-privati (linee guida Anac n. 9). A complicare ancora di più il lavoro dell’interprete (e degli operatori) vi è la previsione secondo cui l’entrata in vigore del Regolamento, oltre a fare cessare l’efficacia delle Linee guida inerenti alle materie espressamente indicate, renderà inefficaci anche quelle Linee Guida che siano «*comunque in contrasto con le disposizioni recate dal Regolamento*».

<sup>225</sup> Prima di tale intervento, il Codice del 2016 è stato oggetto anche di un’ulteriore modifica ad opera del Decreto correttivo di cui al d.lgs. n. 56 del 2017, adottato a distanza di un anno dall’entrata in vigore del Codice, malgrado l’auspicio del Consiglio di Stato (in sede di parere sullo schema del decreto) che il termine del correttivo venisse allungato di almeno un anno per consentire un’effettiva valutazione dell’impatto concreto della riforma (avviata unicamente un anno prima) sul tessuto socio-economico. Il legislatore delegante, invece, ancora una volta, non ha inteso muoversi nella direzione consigliata facendo sì che il correttivo venisse emanato in un momento in cui ancora risultava incompleta l’attuazione di buona parte del codice. Cfr. A. MANZIONE, ult. op, cit. Per approfondimenti sulle modifiche apportate dal decreto correttivo, si richiama per tutti: AA.VV., *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici. Guida alle modifiche introdotte dal d.lgs. 19 aprile 2017, n.56*, a cura di M. A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI, Giuffrè 2017.

<sup>226</sup> Tale scelta verrà analizzata nel capitolo III.

modificate e/o enfatizzate tutte una serie di disposizioni, prima fra tutte quella in materia di suddivisione dell'appalto in lotti<sup>227</sup>.

Tuttavia, il cambiamento più radicale (di derivazione UE) è da rintracciarsi nel mutamento della disciplina dei principi, della “piramide valoriale” fondante il sistema della contrattazione pubblica, la cui analisi ed evoluzione verrà compiuta nei paragrafi successivi.

### *2.3.1. La tumultuosa incertezza delle (nuove) riforme: c'è ancora un Codice dei contratti pubblici?*

Quello dello Sblocca cantieri non è stata l'ultima modifica compiuta alla disciplina. Tra gli ultimi interventi del legislatore in materia, occorre soffermarsi – per quanto di interesse alla presente ricostruzione normativa – sull'emanazione del primo<sup>228</sup> “decreto semplificazioni” (d.l. 16 luglio 2020, n. 76 convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120)<sup>229</sup> – avvenuta a distanza di un anno dal decreto sblocca cantieri – che, a seguito dell'emergenza da Covid-19 che ha colpito (anche) l'Italia, ha introdotto rilevanti modifiche (anche a regime) nella disciplina dei contratti pubblici, *«ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici»*.

---

<sup>227</sup> Al favor per le PMI e alla suddivisione dell'appalto in lotti è dedicato il capitolo III, sezione II, al quale si rinvia.

<sup>228</sup> A distanza di neanche un anno, il legislatore è intervenuto nuovamente sulla materia modificando ancora una volta la disciplina dei contratti pubblici con il d.l. n. 77/2021. Tale decreto anzitutto ha prorogato alcuni dei termini previsti per l'applicazione delle riforme “temporanee” (ad es. la disciplina derogatoria del sottosoglia, ulteriormente modificata dal decreto, troverà applicazione fino al 30 giugno 2023, oppure ancora le deroghe al subappalto potranno applicarsi fino al mese di ottobre 2021); ha poi inciso (nuovamente) sul regime del sottosoglia, su quello del subappalto; ha creato un canale procedurale semplificato per determinate opere – considerate prioritarie – indicate negli allegati al decreto; ha modificato la disciplina dell'inhouse. Le modifiche al sottosoglia e al subappalto verranno affrontate nel capitolo III. Per una ricostruzione delle principali modifiche intervenute sia consentito il rinvio a A. COIANTE, S. TRANQUILLI, *Bullet points del D.l. “semplificazioni” n. 77/2021: le principali novità in materia di contratti pubblici*, in *lamministrativista.it*, 7 giugno 2021; Id., *Semplificare per resistere. Il d.l. “Semplificazioni-Governance” n. 77/2021 e i contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 29 giugno 2021.

<sup>229</sup> Per una puntuale analisi delle modifiche avvenute in sede di conversione si v. V. SORDI, *Le principali modifiche e integrazioni recate, in sede di conversione, al d.l. “Semplificazione”*, in *lamministrativista.it*, 15 settembre 2020.

In particolare, dei sessantacinque articoli che inizialmente componevano il decreto (a cui ne sono stati aggiunti altri quarantacinque in sede di conversione, per un totale di centodieci articoli), i primi nove riguardano la suddetta opera di semplificazione (decantata sin dalla rubrica *legis*) in materia di contratti pubblici.

Per quanto qui di interesse, ai primi due articoli, al dichiarato fine di «*incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici e a far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19*», viene previsto un regime derogatorio per le procedure sotto soglia (art. 1 “*Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia*”) e sopra soglia comunitaria (art. 2 “*Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia*”), applicabile a tutte le procedure in cui la determina a contrarre (o altro atto di avvio del procedimento equivalente) venga adottata entro il 31 luglio 2021 (termine modificato in sede di conversione al 31 dicembre 2021)<sup>230</sup>.

Di particolare rilievo sono state anche le modifiche stabilite dall'art. 4, che ha introdotto tutta una serie di (disorganiche) disposizioni che sono andate ad incidere, anche a regime, sulla fase di conclusione dei contratti e sul codice del processo amministrativo<sup>231</sup>; ma anche il successivo art. 5 che ha dettato, invece,

---

<sup>230</sup> Il d.l. 77/2021 ha poi ampliato nuovamente il regime temporale della deroga fino al giugno 2023. Per l'analisi di tale nuova disciplina e i suoi riflessi sulla concorrenza si rinvia ai parr. 3.1. ss del capitolo III, sezione I.

<sup>231</sup> Per un'analisi approfondita di tali modifiche, con riferimento alla bozza del decreto, si v. *ex multis*: M. LIPARI, *La proposta di modifica del rito appalti: complicazioni e decodificazioni senza utilità?*, in *lamministrativista.it*, 3 luglio 2020. In generale sulle criticità della normativa “emergenziale” nel processo amministrativo v. *ex multis*: M.A. SANDULLI, *Cognita causa*, in *Giustiziainsieme.it*, 6 luglio 2020, rielaborazione della Relazione al webinar del 30 giugno/1 luglio 2020 su *L'emergenza Covid e i suoi riflessi sul processo amministrativo. Principi processuali e tecniche di tutela tra passato e futuro* (visionabile ai seguenti link: <https://www.youtube.com/watch?v=8fBPo-RfN8s&t=20s>; <https://www.youtube.com/watch?v=Jz6Tv-fGk6E>). Sulle “incisioni” sulla tutela giurisdizionale, sia inoltre consentito il rinvio a A. COIANTE, *Decreto semplificazioni: contratti pubblici, concorrenza e tutela*, in *Giustiziainsieme.it*, 31 luglio 2020. Sul rapporto tra normativa emergenziale e garanzia di una tutela effettiva v. *ex multis* anche F. FRANCIOSI, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in *Osservatorio emergenza covid-19*,

un regime derogatorio all'art. 107 del Codice dei contratti pubblici sulla sospensione dell'esecuzione delle opere pubbliche<sup>232</sup>.

A parziale e ipotetico bilanciamento di tale riduzione di garanzie, l'art. 6 ha introdotto, un "nuovo" organismo con cui le Stazioni appaltanti e gli operatori economici dovranno imparare a rapportarsi: il Collegio consultivo tecnico<sup>233</sup>.

---

*federalismi.it* ove l'A. evidenzia che l'emergenza Covid 19 ha reso il processo amministrativo «oggetto di un attacco concentrato, arrecato ab externo, dalla tendenza a depotenziarne efficacia e incisività nei confronti dell'attività contra jus della pubblica amministrazione, e, per così dire, dall'interno, attraverso una strisciante ma costante riduzione delle garanzie tipiche di un processo giurisdizionale che tende a ricondurlo nei limiti originari di una procedura paragiurisdizionale».

<sup>232</sup> In particolare viene previsto, in deroga all'art. 107 c.c.p., che la sospensione, dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 c.c.p., anche se già iniziati, può avvenire, esclusivamente, per il tempo strettamente necessario al loro superamento, unicamente per: a) cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. In tal caso, viene previsto che si debba provvedere "ai sensi del comma 4": nel caso in cui la prosecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo (ivi incluse la crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in caso di concordato con continuità aziendale ovvero di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa) non possa proseguire con il soggetto designato, la stazione appaltante, previo parere del collegio consultivo tecnico, salvo che per gravi motivi tecnici ed economici sia comunque, anche in base al citato parere, possibile o preferibile proseguire con il medesimo soggetto, dichiara senza indugio (in deroga alla procedura di cui all'articolo 108, commi 3 e 4) del c.c.p. la risoluzione del contratto, che opera di diritto, e provvede secondo le modalità alternative previste dallo stesso comma; b) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19; c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti. In questa ipotesi è stabilito che il collegio consultivo tecnico "entro quindici giorni dalla comunicazione della sospensione dei lavori ovvero della causa che potrebbe determinarla, adotta una determinazione con cui accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori e indica le modalità, tra quelle di cui al comma 4, con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. La stazione appaltante provvede nei successivi cinque giorni"; d) gravi ragioni di pubblico interesse. Di particolare rilievo risulta poi il comma 6 ove è stabilito che "salva l'esistenza di uno dei casi di sospensione di cui al comma 1, le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte o di altri soggetti per sospendere l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera ovvero le prestazioni connesse alla tempestiva realizzazione dell'opera". Al secondo periodo viene precisato che in sede giudiziale, sia nella fase cautelare che in quella di merito, il giudice deve tenere conto "delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera". Inoltre, l'accoglimento della domanda cautelare viene sottoposto alla previa valutazione circa ai "la irreparabilità del pregiudizio per l'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera".

<sup>233</sup> Il CCT sarebbe finalizzato, da quanto si evince anche dalla Relazione illustrativa al Decreto semplificazioni, "a prevenire controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici" e operante anche quest'ultimo fino al 31 luglio 2021 (poi 31 dicembre) (art. 6). Anche su tale istituto può rintracciarsi un atteggiamento del legislatore alquanto ondivago. Se da un lato, infatti la l. delega del 2016 (art. 1 comma 1, lett. aaa)), aveva impedito l'introduzione di nuove forme di ADR, in sede di esercizio della delega, il Governo aveva inserito l'articolo 207 che introduceva la figura del Collegio consultivo tecnico (CCT), istituto non teso a risolvere le controversie ma a prevenirle. Tale previsione è stata tuttavia abrogata in sede di Correttivo per poi essere nuovamente reintrodotta a distanza di due anni e per di più all'interno di una normativa emergenziale tesa alla semplificazione

Nel complesso, le modifiche intervenute<sup>234</sup> sono state di così forte impatto sulla disciplina generale della materia che, parte della dottrina togata, ha posto un semplice (quanto vero) interrogativo: esiste ancora un Codice dei contratti pubblici?<sup>235</sup>

Il legislatore della “semplificazione” ha infatti, ancora una volta, sottratto organicità alla disciplina dei contratti pubblici<sup>236</sup> prevedendo sia modifiche a regime, sia modifiche destinate ad operare solamente per un determinato periodo di tempo, aumentando ancora di più la frammentazione della normativa e dei diversi regimi temporali<sup>237</sup> di applicazione della stessa, già differenziati dal precedente decreto rilancio.

---

<sup>234</sup> Oltre ai citati articoli si ricordano anche l'art. 3 che ha delineato una disciplina derogatoria e semplificata in materia di controlli antimafia e ha dettato disposizioni a regime sui Protocolli di legalità; l'art. 7 che ha istituito un “Fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche” con il fine di «*garantire la regolare e tempestiva prosecuzione dei lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, nei casi di maggiori fabbisogni finanziari dovuti a sopravvenute esigenze motivate nel rispetto della normativa vigente, ovvero per temporanee insufficienti disponibilità finanziarie annuali (...)*»; L'art. 8 che ha previsto invece “*altre disposizioni urgenti*” che si applicheranno non solo alle procedure che saranno avviate dalla data di entrata in vigore del decreto fino al 31 luglio 2021 (poi diventato 31 dicembre 2021), ma a tutte le procedure pendenti i cui bandi o avvisi sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del decreto. L'art. 9, norma di chiusura, ha dettato alcune «*Misure di accelerazione degli interventi infrastrutturali*», tra le quali rientra quella di individuare “*con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro il 31 dicembre 2020, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono individuati gli interventi infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico - amministrative ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio-economico a livello nazionale, regionale o locale, per la cui realizzazione o completamento si rende necessario la nomina di uno o più Commissari straordinari che è disposta con i medesimi decreti.*”

<sup>235</sup> C. CONTESSA, *Le novità del “Decreto semplificazioni”, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un “Codice”?*, in *Urb. app.*, 2020, 6, 757 ss. Di pari avviso anche G. MONTEDORO, *Contratti pubblici ed economia*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS, vol. I, Giuffrè, 2019, 57, ove l'A. evidenzia che (anche) nel settore dei contratti pubblici «*l'idea classica di codice – quella ottocentesca legata alla creazione di una soggettività giuridica uniforme – è tramontata con la rinuncia ad una pretesa di stabilità della normazione*».

<sup>236</sup> In senso contrario all'applicazione di una normativa “per deroghe” si era espressa anche l'Anac sia nel Documento illustrativo e nel Vademecum pubblicati in data 9.4.2020, che nelle Osservazioni presentate nel mese di agosto 2020 alla Commissione Lavori pubblici del Senato. In tale ultimo intervento, l'Autorità, preso atto delle diverse soluzioni adottate nel c.d. decreto semplificazioni, ha analizzato le disposizioni in materia di contratti pubblici, evidenziandone le criticità. Sul punto sia consentito il rinvio a A. COIANTE, *Il decreto semplificazioni e le osservazioni dell'ANAC*, in *lamministrativista.it*, 10 agosto 2020.

<sup>237</sup> In merito ai differenti regimi temporali previsti nel decreto semplificazioni si richiama ancora una volta C. CONTESSA, ult. op. cit. che individua i seguenti ambiti temporali di applicazione: i) disposizioni che trovano applicazione per le procedure il cui atto indittivo sia stato adottato in una data compresa fra quella di entrata in vigore del decreto e il 31 dicembre 2021 (come ad esempio quelle in materia di affidamenti sotto-soglia di cui all'art. 1 D.L. n. 76 del 2020); ii) disposizioni che trovano applicazione

Se, infatti, l'intento del legislatore era (nuovamente) quello di semplificare la disciplina normativa in materia di contratti pubblici, così da assicurare agli stessi il loro ruolo di “volano” dell'economia<sup>238</sup>, solamente da tali brevi ed iniziali considerazioni può rilevarsi, sin da subito, che l'obiettivo di semplificazione del quadro normativo non può dirsi raggiunto<sup>239</sup>.

Il quadro che emerge a seguito della conversione in legge del (primo) “Decreto semplificazioni”, infatti, risulta “aggravato” (anche solo in termini numerici) da nuovi tesi normativi, nuovi regimi giuridici (sia in senso contenutistico che cronologico) e nuovi istituti.

Vieppiù che, a distanza di neanche un anno da tale ultimo decreto e di neanche nove mesi dalla legge di conversione, il legislatore è intervenuto ancora una volta a modificare la disciplina con il decreto semplificazioni-governance (d.l. 31 maggio 2021, n. 77 convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108).

Come rilevato già dalla richiamata dottrina, in tale contesto, occorre compiere un'ulteriore considerazione in merito al ruolo del “Codice” che, secondo la delega del 2016, come visto, aveva quale primario obiettivo (anche) quello di «*ricognizione e riordino del quadro normativo vigente nelle materie*

---

sia per le procedure di gara già indette alla data di entrata in vigore del decreto, sia per quelle indette successivamente - e fino al 31 dicembre 2020 - (come ad esempio quelle in tema di riduzione dei termini procedurali di cui all'art. 8, comma 1 D.L. n. 76 del 2020); iii) disposizioni che trovano applicazione per le procedure in relazione alle quali il termine di presentazione delle offerte sia scaduto alla data del 22 febbraio 2020 (ci si riferisce, in particolare, all'obbligo di aggiudicare tali procedure entro il 31 dicembre 2020, secondo quanto previsto dall'art. 8, comma 2); iv) disposizioni che trovano applicazione per gli appalti di lavori che fossero già in corso alla data di entrata in vigore del decreto (come, ad esempio, la previsione in tema di anticipata adozione dello stato di avanzamento dei lavori ai sensi dell'art. 8, comma 4); v) disposizioni che trovano applicazione per le procedure avviate in una data compresa fra quella di entrata in vigore del decreto e il 31 dicembre 2023 (come la deroga alle previsioni in tema di *débat public* di cui all'art. 8, comma 6-bis); vi) disposizioni che prorogano nel tempo la sospensione di taluni istituti codicistici che era stata già disposta dal “Decreto sblocca-cantieri” del 2019 (come, ad esempio, quella in tema di sospensione del divieto di appalto integrato di cui all'art. 8, comma 7); vii) disposizioni che modificano a regime il testo del “Codice dei contratti pubblici” del 2016 (come quelle in tema di regolarità fiscale e contributiva dei concorrenti di cui all'art. 8, comma 5, lett. b).

<sup>238</sup> Definiti anche come “volano del rilancio” nel Rapporto che, a giugno 2020, il Comitato di esperti in materia economica e sociale ha presentato al Presidente del Consiglio dei ministri, dal titolo “*Iniziativa per il rilancio Italia 2020 2022*” contenente una serie di obiettivi e di iniziative per il rilancio “*post crisi Covid-19*”. Per approfondimenti sia consentito il rinvio a A. COIANTE, *Il futuro del Codice dei contratti pubblici*, in *lamministrativista.it*, 20 giugno 2020.

<sup>239</sup> Si vedrà meglio la complessità delle modifiche intervenute nel capitolo III, ove verranno analizzati gli interventi che hanno inciso sulla disciplina delle procedure di gara (sia sopra che sotto la soglia comunitaria) e i conseguenti riflessi sulla garanzia della concorrenza.

*degli appalti pubblici» (...) al fine di perseguire una «razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti e un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti (...)»<sup>240</sup>.*

Da qui la domanda se esiste ancora un Codice dei contratti pubblici, inteso come luogo di razionalizzazione e di riordino della normativa di settore dal momento che tali ultime riforme sembrerebbero aver privato (ancora una volta) il Codice della sua intrinseca centralità nell'ambito della disciplina normativa.

Infatti, per effetto degli interventi di riforma degli ultimi due anni, l'operatore (ma anche l'interprete) del settore degli appalti pubblici e delle concessioni non può più guardare al testo del Codice con *«la ragionevole aspettativa di trovare in esso le risposte di suo interesse, ma deve - al contrario - andare a ricostruire l'effettivo quadro normativo attraverso un complesso iter di ricomposizione del patchwork normativo nel cui ambito il testo del “Codice” rappresenta uno soltanto degli elementi di riferimento (e non sempre il più importante)»*<sup>241</sup>.

La disciplina delineata negli ultimi interventi del legislatore nasce teoricamente tesa alla semplificazione, eppure tale obiettivo sembrerebbe doversi raggiungere tramite l'intervento di nuove norme (spesso di non chiara interpretazione) e nuovi organismi, esterni all'amministrazione, ma che probabilmente comporteranno anche costi ulteriori per la stessa.

Nuove norme e nuovi organismi che portano con sé nuove competenze e nuovi ruoli che dovranno andare ad inserirsi all'interno di una “macchina”, quella amministrativa, che dovrà imparare a funzionare con “il nuovo”, a

---

<sup>240</sup> Criterio di delega di cui all'art. 1, comma 1, lett. d), l. n. 11 del 2016.

<sup>241</sup> Così ancora C. CONTESSA, op. cit. Eppure, le premesse non sembravano puntare in questa direzione. Si pensi alla proposta di riforma che era stata presentata, nel mese di giugno, al Presidente del Consiglio dal “Comitato di esperti in materia economica e sociale” (Per approfondimenti sia consentito rinviare a A. COIANTE, *Il futuro del Codice dei contratti pubblici*, op.cit.) ove, in risposta all'emergenza da Covid-19, veniva prospettata quale proposta di riforma “emergenziale” di operare: a) nel breve periodo, tramite l'applicazione delle Direttive UE (con possibilità di minime integrazioni per le parti non direttamente applicabili) alle opere di interesse strategico; b) nel lungo periodo, tramite una riforma integrale del Codice dei contratti pubblici, in quanto ritenuto l'unico luogo ove possa avvenire un corretto bilanciamento tra i diversi interessi in gioco.

recepirlo e ad integrarlo. Cosa che, data la complessità della normativa, non sembra un'impresa di poco conto.

Tutto questo in un lasso di tempo ristretto (tra il 2021 e massimo il 2023)<sup>242</sup>.

Vieppiù che ancora non è dato sapere quando (e se) entrerà in vigore il ricordato Regolamento unico che dovrà andarsi ad innestare all'interno di una nuova normativa e a coordinarsi con le deroghe inserite dalla stessa.

In questo quadro vanno poi ad inserirsi i piani prospettati all'interno del PNRR (Piano nazionale di resistenza e resilienza)<sup>243</sup> che lo Stato italiano ha elaborato (e presentato all'UE) al fine di ottenere l'assegnazione e la corresponsione delle misure straordinarie di sostegno stanziate dal Consiglio d'Europa per la ripresa degli Stati colpiti dalla pandemia (Next Generation EU o Recovery Fund).

In merito ai contratti pubblici viene indicata la necessità di una riforma da realizzare in due fasi: una prima – da raggiungere nel breve periodo – tramite l'emanazione di “misure urgenti” da adottare con decreto-legge da approvare entro maggio 2021 (d.l. semplificazioni-governance, adottato il 31 maggio 2021); in secondo luogo, viene prospettata l'introduzione di “misure a regime” da varare utilizzando lo strumento della legge delega.

In merito a queste ultime, viene precisata la necessità di presentare il disegno di legge delega entro il 31 dicembre 2021 prevedendo poi l'emanazione di decreti legislativi da adottare entro nove mesi dall'entrata in vigore della legge delega.

Sul punto vengono poi indicati «*i più importanti principi e criteri direttivi della delega legislativa*», tra cui, si segnalano i principali: i) Riduzione e razionalizzazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni; ii) Recepimento delle direttive europee, integrate in particolare là dove non immediatamente esecutive; iii) Previsione della disciplina applicabile ai

---

<sup>242</sup> A ciò si aggiunga la considerazione che possibilmente l'UE, nella prospettiva decennale che ha sin ora portato avanti (2004, 2014), tra tre anni (2024) emanerà un nuovo “pacchetto” di direttive sui contratti pubblici che richiederà una nuova modifica alla disciplina, un nuovo Codice e via dicendo.

<sup>243</sup> Consultabile al seguente link: <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf> . Sul PNRR, cfr. gli atti dell'Incontro di studio organizzato dall'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (AIPDA) il 28 aprile 2021 consultabili sul relativo sito.

contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, nel rispetto dei principi di concorrenzialità e trasparenza; iv) Piena apertura e contendibilità dei mercati; v) Previsione di specifiche tecniche relative alle gare da espletare, soprattutto in relazione a beni e strumenti informatici e componenti tecnologici, che garantiscano parità di accesso agli operatori e non costituiscano ostacolo alla piena attuazione del principio di concorrenza; vi) Riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti alle procedure di evidenza pubblica; vii) individuazione espressa dei casi nei quali è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza precedente pubblicazione di un bando di gara; viii) regolazione espressa dei casi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere, ai fini dell'aggiudicazione, al solo criterio del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta; ix) Revisione della disciplina dell'appalto integrato, con riduzione dei divieti; x) Revisione della disciplina del subappalto; xi) Rafforzamento delle strutture pubbliche per il controllo sulle opere stradali e ferroviarie, fermi restando gli obblighi di controllo tramite strutture indipendenti e quello di manutenzione a carico del concessionario, con le relative conseguenti sanzioni in caso di inadempimento.

Da quanto è dato comprendere, dunque, il “cammino” della “semplificazione” nel mercato dei contratti pubblici non può di certo dirsi ultimato.

Anzi, da quanto prospettato, sembra che stavolta il legislatore non cambierà solo le “carte in tavola” ma modificherà completamente “il tavolo da gioco” dal momento che viene prospettato addirittura di “ripartire dal via” attraverso un nuovo recepimento delle direttive del 2014.

Vieppù che sul punto viene indicata la tecnica del *copy out*, salvo per le parti delle direttive non direttamente applicabili, richiamando come esempi virtuosi da tenere in considerazione le esperienze di Germania e Regno Unito.

Senza qui entrare nel merito dell'assoluta diversità dei suddetti sistemi di contrattazione pubblica rispetto a quello italiano (circostanza di cui anche si dovrà tenere in debito conto per evitare errori ancor più gravi rispetto a quelli

già commessi) un nuovo tentativo di trovare un'un'unitarietà del sistema non può che ritenersi apprezzabile data la frammentarietà e l'insostenibile complessità dell'attuale disciplina.

Sono tuttavia preoccupanti le tempistiche.

Viene infatti stabilita come data di presentazione del disegno di legge il 31 dicembre 2021 e ulteriori nove mesi per l'emanazione dei richiamati decreti legislativi.

Entro settembre 2022 dovremmo dunque avere una nuova disciplina unitaria dei contratti pubblici. Tale intervento (e il relativo necessario tempo di rodaggio da parte di Amministrazioni, stazioni appaltanti e operatori) potrebbe essere alquanto ravvicinato e subito superato dal nuovo pacchetto di direttive UE, tenuto conto della loro cadenza decennale (2004, 2014, 2024).

Sarebbe stato quindi forse più fruttuoso sfruttare questo periodo per correggere le altre gravi carenze del nostro sistema, in termini di competenze, capacità e efficienza, in vista del nuovo pacchetto normativo europeo.

La sfida, infatti, non si gioca solo sulle norme, ma anche su coloro che sono tenuti ad applicarle (le Amministrazioni) e a seguirle (gli operatori).

Sembra dunque che, ancora una volta, nel labirinto dei contratti pubblici, si possa parlare solo ed esclusivamente della "semplificazione che verrà"<sup>244</sup> e non di certo di quella realizzata.

### 3. *Il ruolo dei principi (nel diritto amministrativo e) nell'evidenza pubblica*

Le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti consentono di comprendere facilmente il rilievo che i principi assumono (*recte*: devono assumere) all'interno di un quadro normativo estremamente complesso, mutevole e spesso poco chiaro.

La certezza non assicurata (come, invece, dovrebbe) dalla stabilità e dalla chiarezza delle leggi (o comunque da regole chiare) viene spesso compensata

---

<sup>244</sup> Espressione di R. DE NICTOLIS, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in *federalismi.it*. 2016, 5.

dall'utilizzo dei principi, sia per ricondurre a logicità e coerenza il sistema, sia quale parametro di legittimità dell'esercizio del potere pubblico<sup>245</sup>.

Tale riflessione vale sia per l'azione amministrativa generale, sia nel caso in cui ci si trovi davanti a discipline di settore, quale è quella dei contratti pubblici che, come visto, è sottoposta a continue modifiche che rendono il quadro normativo estremamente complesso, stratificato e spesso contraddittorio.

Con riguardo a tale peculiare ambito, come si vedrà anche nei capitoli successivi, non solo vale l'applicazione dei principi generali dell'azione amministrativa, bensì assumono il loro rilievo anche i principi peculiari della materia, ormai stabiliti, come visto, prima a livello europeo e, in seconda battuta, a livello interno (ove può anche avvenire l'introduzione di principi di matrice nazionale)<sup>246</sup>.

Nei paragrafi seguenti, dunque, si ripercorreranno i principi generali della materia, che sono qui di interesse, attraverso la disamina sia della normativa europea (con particolare riferimento alle direttive del 2014) che di quella interna di recepimento (Codice dei contratti pubblici).

Tali riflessioni saranno necessarie, anzitutto, per inquadrare il rilievo che detiene la concorrenza (e i suoi corollari) all'interno di tale mercato, ma anche per analizzare diversi principi che dovranno essere tenuti in considerazione per la successiva analisi.

### *3.1. Il valore dei principi generali nelle direttive europee: la tutela della concorrenza e i "nuovi principi"*

---

<sup>245</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, *Introduzione*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, III ed., Giuffrè, Milano, 2020, 8.

<sup>246</sup> Come parte della dottrina ha rilevato, i principi previsti nelle direttive del 2014 e nel Codice del 2016 rappresentano "un'occasione esemplare" (come lo era già stato il codice del 2006) per riscontrare come le disposizioni sui "principi" di un importante settore come i contratti pubblici si riescano ad amalgamare con i "principi generali" validi per tutta l'azione amministrativa, ed anche per verificare se vi sia coerenza tra l'insieme dei principi e le diverse disposizioni che, almeno in via teorica, sono chiamate ad applicarli. In questo senso M. P. CHITI, *Principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS, vol. I, Giuffrè, 2019, 285 ss.

La base giuridica delle direttive europee in materia di contratti pubblici si è sempre fondata, non sui principi dei Trattati in materia di concorrenza (art. 101 e ss. TFUE), bensì sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi, espressamente richiamati anche nel *corpus* delle direttive<sup>247</sup>.

Come visto nell'*excursus* della normativa compiuto nei paragrafi precedenti, il diritto dell'Unione, nelle prime direttive in materia, infatti, aveva posto l'attenzione unicamente sui principi generali del diritto UE (*recte*: unicamente sui principi presenti nei Trattati), per poi elaborarne di più particolari solamente con le direttive del 2004 e del 2014<sup>248</sup>.

In altre parole, se il primo passo per la realizzazione di un mercato unico (anche) degli appalti pubblici è stato quello sancire l'apertura alla concorrenza delle imprese europee nella partecipazione alle commesse pubbliche (indipendentemente dallo Stato membro di originaria appartenenza), il passo successivo è stato quello di declinare il principio di libera concorrenza in più corollari, in grado da renderne effettivo il rispetto.

Esemplificativo in tal senso è il considerando n.1 della direttiva 2014/24 che, come visto, stabilisce che l'aggiudicazione degli appalti pubblici deve rispettare, anzitutto, i principi del TFUE (e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi), nonché i principi che da questi derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza<sup>249</sup>.

Viene poi precisato, come noto, che per gli appalti pubblici sopra-soglia è necessaria, oltre all'applicazione dei suddetti principi, anche l'elaborazione di disposizioni tese a coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti, così da garantire che a tali principi sia data effettiva applicazione e che gli appalti siano aperti alla concorrenza.

---

<sup>247</sup> Così M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, op. cit., 264 ss.

<sup>248</sup> Cfr. M. P. CHITI, *Principi*, op. cit. 290.

<sup>249</sup> Così anche il Considerando n. 2 della previgente direttiva 18/2004. Similmente anche il considerando n. 4 della direttiva 23/2014 sulle concessioni e il considerando n. 2 della direttiva 25/2014 sui settori speciali.

L'apertura alla concorrenza, o più generalmente il sostantivo "concorrenza", compaiono in diversi considerando e articoli delle direttive del 2014, sia singolarmente, sia attraverso l'enunciazione dei suddetti corollari, necessari a garantirne una tutela effettiva.

Così, per esempio, nella direttiva 2014/24, il considerando n. 50 (poi riprodotto dall'art. 32 della direttiva) consente il ricorso alle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara, solo in circostanze del tutto eccezionali e *«tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza»*<sup>250</sup>; ma anche il considerando n. 74 che precisa che *«le specifiche tecniche fissate dai committenti pubblici devono permettere l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nonché il conseguimento degli obiettivi di sostenibilità»*; o ancora il considerando n. 92, secondo cui i criteri di aggiudicazione degli appalti devono *«garantire la possibilità di una concorrenza effettiva e leale»*.

Il considerando n. 90, *inter alia*, richiama i suddetti corollari del principio della tutela della concorrenza, specificando, che l'aggiudicazione degli appalti debba essere svolta nel rispetto dei *«dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento per garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa»*.

In altre parole, la concorrenza tra gli operatori viene garantita anche al momento dell'aggiudicazione degli appalti, attraverso la garanzia di un'amministrazione che operi secondo canoni di trasparenza, che non vada a discriminare gli operatori sul mercato ma sia in grado di riservare agli stessi un eguale trattamento, arrivando così a stabilire "nei binari" della concorrenza, quale sia l'offerta migliore.

---

<sup>250</sup> L'eccezionalità, sempre secondo lo stesso considerando, dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, o se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto.

Se si guarda poi più nel dettaglio agli articoli si deve ricordare, anzitutto, l'art. 18 rubricato "*Principi per l'aggiudicazione degli appalti*"<sup>251</sup>.

Tale disposizione prevede che le amministrazioni aggiudicatrici debbano trattare gli operatori economici «*su un piano di parità e in modo non discriminatorio*», agendo «*in maniera trasparente e proporzionata*» al fine di non limitare artificialmente la concorrenza<sup>252</sup>.

Quest'ultima, sempre secondo il dettato dell'art. 18, si considera limitata artificialmente laddove la procedura d'appalto sia effettuata «*con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici*».

Vengono quindi ribadite le caratteristiche generali che devono possedere le singole amministrazioni aggiudicatrici nel loro rapportarsi con gli operatori economici presenti sul mercato: devono essere in grado di garantire parità di trattamento e di agire in maniera trasparente e proporzionata, al fine ultimo di non falsare la concorrenza<sup>253</sup>.

In altre parole, quindi, il rispetto di tali principi fa sì che le amministrazioni aggiudicatrici possano assicurare "la preferenza" dell'operatore migliore, "scelto" grazie al corretto funzionamento delle regole tese a garantire la concorrenza.

Il citato art. 18 ribadisce poi la finalità di «*un'adeguata integrazione*», nelle procedure di appalto pubblico, dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro e a tal fine la necessità, per gli Stati membri e per i singoli enti aggiudicatori, di adottare «*misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro*», ribadendo così l'ulteriore finalità delle direttive del 2014.

---

<sup>251</sup> Parimenti per la direttiva 2014/25 si v. l'art. 36, mentre per la direttiva 2014/23, l'art. 3.

<sup>252</sup> Sul tema delle limitazioni artificiali alla concorrenza v. *ex multis*, A. SANCHEZ GRAELLS, *Public procurement and the EU competition rules*, II. Ed., Oxford-Portland, 2015, 207 ss, secondo cui l'art. 18 lascia spazio ad una interpretazione che individua una specifica connotazione nel divieto di limitazione artificiale della concorrenza, aprendo margini per una valutazione secondo "*rule of reason*" dell'applicazione del divieto stesso.

<sup>253</sup> Sul rapporto tra tali principi e sulla loro funzione si è espressa anche la CGUE, secondo cui «*l'obbligo di trasparenza concorre con il principio di non discriminazione e con il principio della parità di trattamento a salvaguardare il libero accesso al mercato rilevante dei contratti pubblici*». Così CGUE, 16 aprile 2015, in C-278/14, punto 28.

L'art. 18, inoltre, riprende, ampliando notevolmente il suo contenuto, quanto era disposto (come visto nei paragrafi precedenti) dall'art. 2 della direttiva 2004/18, che stabiliva unicamente che: «*le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza*».

La diversa ampiezza della disposizione è *ictu oculi* evidente: anzitutto nell'art. 18 vi è espresso riferimento al principio di proporzionalità (che nel testo previgente era limitata unicamente al considerando); vi è poi il riferimento alla necessità di impedire limitazioni artificiali alla concorrenza in sede di disegno della procedura di affidamento del contratto; nonché il riferimento ai “nuovi interessi” di natura ambientale e sociale.

Queste “addizioni” al contenuto precettivo della norma sui principi consentono di evidenziare il riscontro della già annunciata evoluzione della consistenza dei principi propri della materia dei contratti pubblici, in corrispondenza del loro complessivo sviluppo a livello di ordinamento sovranazionale<sup>254</sup>.

Tornando alla direttiva 2014/24, il più ampio rilievo acquisito dai principi, si evince anche da un altro articolo che già dalla rubrica fa esplicito riferimento ai “principi”, ossia l'art. 56 rubricato “Principi generali” che detta tutta una serie di regole cardine in materia di aggiudicazione, tra cui il *favor* per la procedura aperta, il cui utilizzo risulta derogabile dagli Stati membri solo per determinate tipologie di appalti o a circostanze specifiche.

Si è già detto poi come, tale direttiva, in aggiunta al primario e tradizionale obiettivo di garantire un'effettiva concorrenza tra imprese, abbia posto in risalto la finalità di accrescere l'efficienza della spesa pubblica (principio richiamato per primo dal considerando n.2), anche attraverso la tutela di interessi diversi ed ulteriori quali la tutela delle PMI, la tutela dell'ambiente, del lavoro e della salute, mettendo così in rilievo anche il c.d. uso strategico degli appalti.

---

<sup>254</sup> A. MASSERA, *Principi procedurali*, op.cit., 334 ss.

Anzitutto, il richiamo della direttiva al principio dell'efficienza della spesa pubblica sarebbe, secondo parte della dottrina, da interpretare come un ritorno ad una configurazione "contabilistica" della disciplina dei contratti pubblici che, come visto, è sempre stata tipica del nostro ordinamento e che sembrava superata da quella che sembrava una irreversibile tendenza del diritto europeo<sup>255</sup>.

In merito, invece, agli altri e ulteriori principi, a titolo esemplificativo, oltre al già citato art. 18, occorre richiamare il considerando n. 59 che, in merito ai rischi di aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, sottolinea la necessità di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI; ma anche i considerando nn. 78 e 79, dedicati all'istituto della suddivisione dell'appalto in lotti quale strumento idoneo a rendere adeguati gli appalti pubblici alle necessità delle PMI<sup>256</sup>.

Previsioni simili a quelle elencate (presenti nella direttiva 24/2014), sono poi rintracciabili anche nella direttiva 23/2014 in materia di concessioni che richiama i già ricordati principi del TFUE e gli annessi corollari (considerando n. 4); ribadisce l'importanza degli appalti pubblici per la realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva in grado di garantire un uso più efficiente dei finanziamenti pubblici (considerando n. 3); evidenzia ancora più esplicitamente la presenza di ulteriori interessi da tutelare oltre alla concorrenza (a titolo meramente esemplificativo l'art. 36<sup>257</sup> ma anche i considerando nn. 55, 58, 65<sup>258</sup>).

---

<sup>255</sup> Così M.P. CHITI, *Principi*, op. cit., 301.

<sup>256</sup> Le disposizioni sull'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici verranno trattate nel capitolo III, sezione II.

<sup>257</sup> In particolare, l'art. 36 sui requisiti tecnici e funzionali, stabilisce che questi ultimi definiscono le caratteristiche richieste per i lavori o i servizi oggetto della concessione, le quali possono includere «i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale e degli effetti sul clima».

<sup>258</sup> Il considerando n. 55 ripropone, pedissequamente, quanto stabilito dall'art. 18 della direttiva 24/2014; il considerando n. 58 stabilisce invece che «la vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta nelle relative fasi della procedura di aggiudicazione di una concessione, quando si applicano i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti e quando si applicano i criteri di esclusione»; il considerando n. 65 secondo cui «le condizioni di esecuzione della concessione potrebbero anche essere intese a favorire l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra

Merita una peculiare attenzione il richiamato considerando n. 4 che chiarisce la fondamentale importanza che i principi generali detengono nel quadro normativo europeo e, di conseguenza, il rilievo che gli stessi devono conseguire anche all'interno degli ordinamenti dei singoli Stati membri.

Viene evidenziata, infatti, la necessità di garantire, ai principi generali presenti nel TFUE e ai corollari che da essi discendono, una comune interpretazione dal momento che «*il rischio di mancanza di certezza giuridica dovuto a interpretazioni divergenti*» da parte dei legislatori nazionali può comportare profonde disparità tra le legislazioni dei singoli Stati membri, idonee a realizzare chiare «*distorsioni del mercato interno*».

L'eliminazione delle discrepanze – riscontrare, come indicato nel considerando, dalla CGUE – in merito alla differente interpretazione dei principi, avrebbe quale principale “effetto utile” quello di favorire l'efficienza della spesa pubblica, ma anche facilitare la parità di accesso e l'equa partecipazione delle PMI all'aggiudicazione dei contratti (sia a livello locale che a livello dell'Unione) e la promozione del conseguimento di obiettivi sostenibili delle politiche pubbliche.

Da tale breve disamina di alcuni dei considerando e degli articoli delle direttive del 2014 possono compiersi alcune considerazioni e ribadirne altre.

Anzitutto quando si parla di “principi generali” in materia di contratti pubblici occorre far riferimento non solo ai principi presenti nel TFUE bensì anche ai corollari e alle diverse declinazioni che da essi derivano che, ove rispettati e ugualmente interpretati dagli Stati membri, garantiscono, nel loro insieme, il raggiungimento delle finalità di matrice UE, prima fra tutti la tutela della concorrenza.

Quest'ultima, affermata e ribadita in una pluralità di disposizioni, resta infatti il fine ultimo e il principio ispiratore dell'intervento e della normativa europea in materia di contratti pubblici.

---

*uomini e donne sul lavoro, una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra lavoro e vita privata, la protezione dell'ambiente o il benessere degli animali».*

Ciò in quanto la tutela della concorrenza e l'apertura del mercato alla stessa vengono considerati come il primo e più rilevante strumento per assicurare l'efficienza del processo di acquisizione di lavori, servizi, forniture da parte delle pubbliche amministrazioni.

A tale considerazione è stata data effettiva applicazione, come visto, con le direttive del 2004 ove la tutela della concorrenza risultava avere un valore di primario rilievo, in quanto affermazione di un lungo e faticoso processo iniziato con le direttive dei primi anni '70 del secolo scorso.

Se le direttive del 2004 possono considerarsi, quindi, come uno "spartiacque" rispetto alla normativa previgente alle stesse, sia per la loro funzione di "consolidazione" e riordino dell'opera legislativa sino a quel momento compiuta, sia per il ruolo decisivo che hanno avuto nell'evoluzione e nell'affermazione del mercato unico degli appalti pubblici; le direttive del 2014 rappresentano la concretizzazione del percorso iniziato nel 2004 sia nella garanzia di una concorrenza effettiva ma soprattutto nell'attuazione di una differente visione della stessa, legata anche alla tutela di ulteriori interessi, tesi a loro volta a contribuire a una crescita *«intelligente, sostenibile ed inclusiva»* e ad un uso *«più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici»*.

Vengono così in considerazione il principio di efficienza della spesa pubblica, l'interesse ambientale, gli interessi sociali, che vanno ora ad affiancarsi al principio di tutela della concorrenza.

Sulla stessa scia – come visto dalle disposizioni sopra richiamate – diviene poi ancor più rilevante l'attenzione per una peculiare categoria di operatori economici: le piccole e medie imprese, quali operatori di notevole importanza per il mercato europeo, da dover supportare attraverso una garanzia effettiva di accesso al mercato.

Nei successivi paragrafi si tenterà di approfondire i diversi principi qui generalmente ripercorsi, attraverso l'analisi della normativa interna di recepimento, per poi verificare, nei capitoli successivi, la loro concreta applicazione, anche tramite l'analisi degli istituti previsti in attuazione agli stessi.

### 3.2. *I principi generali nel Codice dei contratti pubblici: l'art. 30 c.c.p.*

La peculiare attenzione riservata ai principi all'interno della normativa europea è stata recepita anche dal legislatore nazionale.

Tuttavia, una “piena convergenza” tra l'assetto nazionale e quello UE si è raggiunto solamente con il codice del 2006 e poi proseguita con quello del 2016<sup>259</sup>.

Come analizzato nei paragrafi precedenti, infatti, inizialmente, nonostante lo sforzo a livello UE di uniformare e riavvicinare le normative dei singoli Stati membri, il legislatore nazionale ha continuato per anni a mostrare la propria riottosità nell'accettare i nuovi principi di matrice UE e a farli prevalere su quelli tradizionali della normativa interna (di matrice contabilistica).

Si è visto in tal senso come la legge Merloni, nonostante le innumerevoli modifiche intervenute, fosse ancora legata alla tradizione nazionale che poneva in primo piano principi di matrice economico-aziendalistica e gli interessi dell'amministrazione e, in tal modo, non rendeva agevole il riconoscimento del rilievo che l'interesse all'apertura del mercato concorrenziale deteneva a livello sovranazionale.

E si è visto anche che – come confermato poi dalla Corte costituzionale – è stato solamente con il Codice de Lise che, a livello interno, si è realizzato il superamento della concezione c.d. contabilistica e per l'appunto una più attenta convergenza con i principi di matrice europea.

Tale impostazione è stata poi confermata dal Codice del 2016 che, parallelamente alle direttive, ha compiuto anche “un passo in più” riconoscendo non solo primaria importanza al principio della concorrenza (e più in generale ai principi) ma anche agli altri e ulteriori, “nuovi” interessi previamente ricordati.

All'interno del Codice vi sono, infatti, una pluralità di disposizioni riferite ai “principi” o ai “principi generali”, molte di più rispetto al codice del 2006 (che comunque iniziava con l'art. 2 dedicato ai “principi”<sup>260</sup>).

---

<sup>259</sup> Cfr. A. MASSERA, *Principi procedurali*, op.cit., 338.

<sup>260</sup> Per una approfondita analisi del previgente art. 2 del d.lgs. 163/2006 si v. *ex multis*, M.P. CHITI, *I principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, vol. I., Giuffrè, 2008, 145 ss.; S. COCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in *I contratti di appalto*

Così, ad esempio, l'art. 29 rubricato "Principi in materia di trasparenza"<sup>261</sup>; l'art. 30 "Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni"; l'art. 94 "Principi generali in materia di selezione"<sup>262</sup>.

In particolare, nell'art. 30 il legislatore ha inteso enucleare, in attuazione alla normativa europea, i principi maggiormente rilevanti per la disciplina dei contratti pubblici, distinguendoli in relazione al loro ambito di applicazione<sup>263</sup>.

Al primo comma sono indicati i principi che, secondo la lettera della norma, dovrebbero applicarsi sia alla fase di affidamento che a quella di esecuzione di appalti e concessioni, le quali devono svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza.

---

pubblico, a cura di C. FRANCHINI, Milano, 2010; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza*, op.cit., 297; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, op.cit.

<sup>261</sup> Per una approfondita analisi dell'art. 29 si v. M. DIONIGI, Art. 29, in *Codice dei Contratti pubblici commentato*, a cura di L. PERFETTI, II ed., Milano, 2017; F. CARINGELLA, M. PROTTO, Art. 29, in *Il nuovo Codice dei contratti pubblici. Guida operativa al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e alle linee guida Anac*, Roma, 2016; V. GASTALDO, *Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e degli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti*, in *Urb. app.*, 10, 2014, 1005. Sul più generale tema della trasparenza amministrativa si v., ex multis A. CORRADO, *Il principio di trasparenza e i suoi strumenti di attuazione*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, III ed., Milano, 2020, 124 ss.; Id., *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, 2018; M. R. SPASIANO, *I principi di pubblicità. Trasparenza e imparzialità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2017; D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del decreto legislativo n. 33/2013* in *federalismi.it*, 5, 2016; M. SAVINO, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO, Torino, 2013.

<sup>262</sup> Sul ricorso ai principi, per riportare qualche ulteriore esempio, si v. anche l'art. 1, comma 7, ove viene previsto che il Ministro degli affari esteri, nell'adozione delle direttive generali per l'adozione per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, debba tenere conto dei principi fondamentali del Codice; così anche l'art. 37, comma 12, ove viene richiesto il rispetto dei principi di buona andamento dell'azione amministrativa nell'individuazione delle centrali di committenza; e ancora l'art. 50 ove è previsto che l'inserimento di clausole sociali nei bandi debba avvenire nel rispetto dei principi UE; l'art. 63 ove, in merito alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara è previsto che le amministrazioni aggiudicatrici individuino gli operatori economici da consultare nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione; l'art. 95 ove viene stabilito che le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione degli appalti nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, e che le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta, nel rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità.

<sup>263</sup> I principi di cui all'art. 30, comma 1, si applicano sia ai contratti sopra la soglia comunitaria sia a quelli sottosoglia. Per tale ultima tipologia di contratti il codice prevede, all'art. 36, anche l'applicazione dei principi di cui agli artt. 34 (criteri di sostenibilità energetica e ambientale) e 42 c.c.p. (conflitto di interessi) nonché del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle MPMPPI.

In merito al principio di economicità viene altresì precisato che lo stesso può essere subordinato (nei limiti consentiti dal Codice) ai criteri previsti, di volta in volta, nei bandi di gara, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile.

Con riferimento a tale ultima tipologia di obblighi, il legislatore ha inserito nei commi da 4 a 6 una serie di prescrizioni di dettaglio che, secondo parte della dottrina, ben avrebbero potuto trovare un'autonoma collocazione all'interno del Codice, riservando così all'art. 30 esclusivamente l'enunciazione dei principi generali della materia<sup>264</sup>.

La disposizione in esame specifica poi che, unicamente nella fase di affidamento, le stazioni appaltanti sono tenute a rispettare anche i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità, con le modalità indicate dallo stesso Codice.

In riferimento alla concorrenza vengono precisati ulteriori obblighi che le stazioni appaltanti sono tenute a rispettare: al secondo comma viene stabilito il divieto di limitare artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici; mentre al settimo comma viene indicata la necessità di rendere i criteri di partecipazione alle gare tali da non escludere le MPMPI (le micro, piccole e medie imprese), al fine di garantire così l'effettività della concorrenza e la sua tutela sostanziale.

Con riguardo al *distinguo* operato dalla disposizione, in merito all'applicazione di alcuni principi unicamente alla fase di affidamento – ossia i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità – la dottrina è concorde nel ritenere che tale scansione debba essere quantomeno ridimensionata, se non addirittura esclusa.

Ciò in quanto, anzitutto, non sarebbe possibile compiere una distinzione della funzione teleologica di tali “gruppi” di principi in quanto gli stessi condividono «l'esigenza di innervare l'azione amministrativa e salvaguardare la tutela della

---

<sup>264</sup> Così M. DIONIGI, *Art. 30*, ult. op. cit.

*libera concorrenza e i suoi corollari»*<sup>265</sup>; in secondo luogo, la “non attinenza” di tali principi alla fase esecutiva sembrerebbe essere smentita dalla possibilità che, ad esempio, favorire un’impresa piuttosto che un’altra – e violare così il principio di non discriminazione e di parità di trattamento – sarebbe un’ipotesi realizzabile anche nella fase esecutiva. Altrettanto varrebbe anche nei confronti degli altri principi come, ad esempio, quello della trasparenza<sup>266</sup>.

Vieppiù che i principi che l’art. 30 esclude dall’applicazione nella fase di aggiudicazione, risulterebbero comunque applicabili in quanto principi regolatori della più generale azione amministrativa, richiamati sia a livello costituzionale che dalla legge generale sul procedimento amministrativo.

Si pensi, ad esempio, al principio imparzialità (e non discriminazione, corollario del primo) che regge l’intera azione amministrativa (art. 97 Cost. e art. 1 l. 241/1990), o ancora al principio di proporzionalità e a quello di trasparenza e pubblicità (art. 1 l. 241/1990).

Ciò posto, tuttavia, sembrerebbe possibile ricondurre i due “gruppi” di principi alle due anime che hanno da sempre caratterizzato il mercato dei contratti pubblici: da un lato, la tutela dell’Amministrazione e della collettività, tramite il rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza (*recte*: della qualità delle prestazioni); dall’altro, la tutela dell’accesso al mercato e del suo corretto funzionamento<sup>267</sup>.

Nei paragrafi successivi si cercherà di analizzare i due gruppi di principi con particolare attenzione al principio di economicità e a quello della tutela della concorrenza in quanto rappresentativi delle due “anime” che hanno da sempre caratterizzato la materia.

---

<sup>265</sup> In questo senso v. M. CAFAGNO, A. FARÌ, *I principi e il complesso ruolo dell’amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, II. ed., Torino, 2019, 203.

<sup>266</sup> Cfr. A. AZZENA, Art. 30, in *Codice dei Contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G. ESPOSITO, vol. I, Milano 2017.

<sup>267</sup> Cfr. AA. VV. *Principi comuni alle modalità di affidamento*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, a cura di F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI, 91 ss.

### 3.2.1. *I principi applicabili alla fase di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici*

Come detto, l'art. 30 prevede che, sia alla fase di affidamento che in quella di esecuzione dei contratti pubblici, debba essere garantita la qualità delle prestazioni e che entrambe le fasi debbano svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza.

Tali principi sono posti, anzitutto, a tutela della stazione appaltante la quale, attraverso il ricorso all'evidenza pubblica, deve essere in grado di ricevere (e quindi garantire) la migliore prestazione possibile rispetto alle esigenze prospettate nella *lex specialis*.

In questa prospettiva, i richiamati principi possono essere tutti ricondotti al più generale principio di buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost<sup>268</sup>.

Il principio di economicità, in particolare, si sostanzia nell'uso ottimale delle risorse pubbliche (sia nello svolgimento della selezione degli operatori economici, che nella fase di esecuzione del contratto) e quindi nell'ottenimento, da parte della stazione appaltante, del “massimo risultato con il minimo sforzo”; quello dell'efficacia, invece, nella necessità per l'amministrazione aggiudicatrice di operare in modo tale che i propri atti risultino idonei e congrui rispetto all'interesse sotteso alla determinazione a contrarre<sup>269</sup>.

In altre parole, sia il principio di economicità che quello di efficacia, sono principi legati alla corretta allocazione delle risorse delle amministrazioni aggiudicatrici: l'economicità attiene alle modalità di utilizzo, mentre l'efficacia al risultato che con le stesse l'amministrazione vuole perseguire.

Tra i due principi sussisterebbe, infatti, una “connessione funzionale” in quanto il principio di efficacia – inteso come corrispondenza tra obiettivi attesi e raggiunti – concretizza il concetto stesso di economicità, poiché il raggiungimento dei

---

<sup>268</sup> Sul generale principio di buon andamento, tra i più recenti contributi, v. M. R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, III. ed., Milano, 2020, 64 ss.

<sup>269</sup> Cfr. S. DETTORI, Art. 30, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. PERFETTI, op. cit., 288. In particolare, sul principio di economicità si veda, per tutti A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia, efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017.

risultati stabiliti con il minor dispendio di mezzi e risorse, altro non è che un sistema efficiente<sup>270</sup>.

Con particolare riguardo al principio di economicità, si è visto come lo stesso detenesse, nella normativa nazionale precedente all'avvento della disciplina UE, un ruolo di primaria importanza, quale principio ispiratore fondante l'intera disciplina, teso a garantire unicamente le condizioni economiche più favorevoli per l'amministrazione.

L'attuale assetto, invece, è frutto della disciplina europea che vede negli appalti uno strumento attraverso cui perseguire (anche) interessi ulteriori rispetto al mero oggetto del contratto.

Si fa riferimento al già richiamato uso strategico degli appalti e alla possibilità, stabilita dallo stesso art. 30, che il principio di economicità – fermo il suo rilievo tra i principi generali della materia – possa essere subordinato ad altre esigenze di varia natura.

Inoltre, da un'interpretazione sistematica, può dirsi che l'evoluzione della disciplina, abbia ribaltato l'assetto iniziale in quanto il principio di economicità, ad oggi, può dirsi venga garantito attraverso la tutela della concorrenza.

Ciò in quanto la migliore allocazione delle risorse e la scelta della migliore prestazione non possono ottenersi se non attraverso l'apertura del mercato che garantisce di ampliare le possibilità per individuare l'operatore migliore.

Di tale avviso è anche la giurisprudenza, sia nazionale che sovranazionale.

Il Giudice amministrativo, infatti, in più occasioni ha evidenziato che *«la concorrenzialità nell'aggiudicazione ha il suo elemento cardine nel principio di massima partecipazione alla gara delle imprese in possesso dei requisiti richiesti (in origine funzionale al solo interesse finanziario dell'amministrazione), nel senso che la procedura competitiva tra imprese (...) è, ritenuta la modalità più efficace per garantire la migliore spendita del denaro pubblico»*<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> Così M. CAFAGNO, A. FARÌ, op.cit., 216, e anche G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 92.

<sup>271</sup> In questo senso, *ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. II, 7 luglio 2017, n. 8007.

La compresenza della duplice esigenza volta alla tutela della concorrenza tra le imprese ed al buon uso del denaro della collettività, è stata chiaramente delineata dalla giurisprudenza europea la quale, nel dichiarare che uno degli obiettivi della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile e che è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la più ampia partecipazione possibile di offerenti ad una gara d'appalto, ha aggiunto che siffatta apertura alla concorrenza è prevista non soltanto con riguardo all'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, ma anche nell'interesse stesso dell'Amministrazione aggiudicatrice che può disporre, in tal modo, di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata<sup>272</sup>.

Ciò posto, l'applicazione dei principi in esame, oltre che a tutelare gli interessi dell'Amministrazione aggiudicatrice nei termini suddetti, può costituire, per altro verso, anche garanzia per gli operatori economici che partecipano alla selezione pubblica in quanto il rispetto dei principi di economicità e di efficacia (così anche come quello della tempestività e della correttezza)<sup>273</sup>, garantisce e tutela la concorrenza ed in particolare la *par condicio competitorum*.

Dalle considerazioni qui svolte può notarsi come, la tutela della concorrenza, esplicitata solamente nei principi dedicati alla fase di affidamento, sia in realtà legata anche ai principi del "primo gruppo", a dimostrazione del fatto che la stessa rimane sempre la più importante *ratio* ispiratrice dell'intera disciplina dei contratti pubblici.

### 3.2.2. *I principi applicabili alla "sola" fase di affidamento: il principio di libera concorrenza e i suoi corollari*

---

<sup>272</sup> Cfr *ex multis*: CGUE, IV Sezione, 23 dicembre 2009, C-305/08.

<sup>273</sup> Per principio di tempestività si intende il rispetto dell'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di ragioni obiettive; per principio di correttezza si intende, invece, la necessità che l'amministrazione aggiudicatrice detenga una condotta leale ed improntata alla buona fede, sia nella fase di affidamento che in quella di esecuzione. Così le linee guida ANAC n.4, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici". Il principio di tempestività viene poi spesso considerato un corollario del principio di economicità. Sul punto F. MASTRAGOSTINO-E. TRENTI, op.cit., 17.

Ferme le considerazioni sopra compiute in merito all'opportunità della suddivisione compiuta dall'art. 30 in merito agli ambiti di applicazione dei due gruppi di principi, occorre ora analizzare il "secondo gruppo", relativo (può dirsi, principalmente) alla fase di affidamento degli appalti.

Come detto, in tale momento della procedura ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti sono tenute a rispettare (oltre ai principi applicabili all'esecuzione) anche i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità<sup>274</sup>.

Se il primo "gruppo" di principi, si è visto, è posto (principalmente) a garanzia, anche nei confronti dei cittadini, della corretta allocazione delle risorse pubbliche, il secondo "gruppo" è teso a tutelare il corretto funzionamento del mercato, secondo regole trasparenti che consentano a tutti gli operatori di concorrere, a parità di condizioni, per l'ottenimento del bene della vita oggetto della *lex specialis*.

A tal fine, il legislatore europeo e, di conseguenza, quello nazionale, si sono orientati nel senso di valorizzare, con particolare attenzione, proprio la *par condicio*<sup>275</sup> tra gli operatori economici e la non discriminazione tra le imprese, quali strumenti per rendere virtuoso il sistema economico<sup>276</sup>.

In tal senso, la libera concorrenza si sostanzia, anzitutto, nella possibile contendibilità, in condizioni di parità, dei singoli appalti da parte degli operatori economici, la quale, a sua volta, viene realizzata attraverso il ricorso, da parte delle amministrazioni pubbliche, alle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici<sup>277</sup>.

---

<sup>274</sup> L'art. 30 ha riproposto i medesimi contenuti della previgente disciplina (art. 2 d.lgs. n.163/2006), ad eccezione del principio di parità di trattamento, non indicato nella nuova disposizione. L'omissione, non appare comprensibile in ragione del fatto che il principio in questione (inteso come manifestazione del generale principio di imparzialità ma anche come eguaglianza sostanziale degli operatori) rimane comunque immanente nella materia dei contratti pubblici sia in quanto immediatamente discendente dal principio di concorrenza (di cui è corollario), sia in quanto richiamato in diverse disposizioni all'interno del Codice, prima fra tutti l'art. 95 sull'offerta economicamente più vantaggiosa.

<sup>275</sup> Secondo parte della dottrina il principio di parità di trattamento sarebbe addirittura il "super-principio" da cui discendono tutti gli altri. In questo senso M. CLARICH, *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO, Giuffrè, 2013, 42 ss.

<sup>276</sup> Cfr. S. DETTORI, op. cit., 293.

<sup>277</sup> Cfr. A. ZITO, *Il Codice dei contratti pubblici: i soggetti ed i principi*, in *Guida pratica per i contratti pubblici di servizi e forniture*. Vol. I, *Il mercato degli appalti*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2010, consultabile al seguente link: [http://www.itaca.org/documenti/news/guida\\_contratti2010.pdf](http://www.itaca.org/documenti/news/guida_contratti2010.pdf)

In questa prospettiva, ogni singola procedura di gara diviene uno specifico e temporaneo micro-mercato nel quale le imprese operanti nel settore possono confrontarsi e ove vengono tutelati non solo gli operatori economici ma anche le stesse amministrazioni aggiudicatrici.

Ciò in quanto la garanzia della concorrenza, da un lato, accresce la possibilità, per la stazione appaltante, di ottenere la prestazione migliore e, allo stesso tempo, amplia il novero degli operatori cui è consentita la partecipazione e, quindi, la loro effettiva possibilità di aggiudicazione dell'appalto.

Affinché ciò possa realizzarsi, tuttavia, è necessario che le Amministrazioni aggiudicatrici assicurino a tutti gli operatori economici le medesime *chance* di aggiudicazione, garantite in particolar modo da una chiara predeterminazione delle “regole del gioco”.

Queste ultime, infatti, devono essere conosciute in anticipo da tutti gli operatori economici (a garanzia della parità di trattamento) e devono essere stabilite in modo tale da non realizzare discriminazioni di alcun tipo nei confronti degli operatori economici che, invece, vengono tutelati dalla presenza di regole chiare e precise e da criteri obiettivi e trasparenti (in applicazione dei principi di trasparenza, pubblicità e non discriminazione), stabiliti dall'Amministrazione aggiudicatrice.

Da qui il riferimento dell'art. 30 anche al principio di proporzionalità in quanto principio idoneo a garantire che le delimitazioni del “micro-mercato” – operate dalla stazione appaltante al momento della determinazione della *lex specialis* – non siano illogiche, arbitrarie, inutili o superflue, bensì, necessarie e adeguate (secondo le declinazioni proprie del principio di proporzionalità<sup>278</sup>) rispetto agli scopi perseguiti.

---

<sup>278</sup> Secondo parte della giurisprudenza il principio di proporzionalità si articolerebbe in tre diversi profili: a) l'idoneità ossia il rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito. In virtù di tale parametro l'esercizio del potere è legittimo solo se la soluzione adottata consenta di raggiungere l'obiettivo; b) necessità ossia l'assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo. Sulla base di tale parametro la scelta tra tutti i mezzi astrattamente idonei deve cadere su quella che comporti il minor sacrificio; c) adeguatezza ossia tollerabilità della restrizione che comporta per il privato. In virtù di tale parametro l'esercizio del potere, pur idoneo e necessario, è legittimo solo se rispecchia una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi, in caso contrario la scelta va rimessa in discussione. In tal senso Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424. Sul principio di proporzionalità si veda, *ex multis*: A. SANDULLI, *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova, 1998; F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, 2012, 371 ss.; D.U. GALETTA, *I principi di*

Ciò che si evince da tale breve disamina sui nessi tra i principi del “secondo gruppo” dell’art. 30 è che la tutela della concorrenza può dirsi effettivamente garantita solo ove le procedure di aggiudicazione si siano svolte secondo i corollari indicati dallo stesso, ossia secondo principi di trasparenza, proporzionalità, parità di trattamento, *par condicio competitorum*, non discriminazione, massima partecipazione<sup>279</sup>.

In tal senso, dunque, tali principi costituiscono declinazioni del principio di concorrenza di cui ne garantiscono l’effettività: una procedura che garantisce la parità di trattamento tra gli operatori e che, nel rispetto dei principi di non discriminazione, di massima partecipazione e di proporzionalità, non opera irragionevoli restrizioni all’accesso del “micro-mercato”, non potrà che essere idonea a tutelare la concorrenza.

---

*proporzionalità e ragionevolezza*, in *Principi e regole dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI III ed., Milano, 2020; 107 ss.; Id., *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI Milano, 2017, 149 ss.; F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell’azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2017.

<sup>279</sup> Così ancora S. DETTORI, op. cit., 293.

## CAPITOLO II

### IL MERCATO DEI CONTRATTI PUBBLICI TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA ED ESERCIZIO DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

#### SEZIONE II

#### IL MERCATO DEI CONTRATTI PUBBLICI TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA ED ESERCIZIO DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA: PREMESSE PER UNO SGUARDO D'INSIEME

SOMMARIO: 1. La concorrenza per il mercato e l'esercizio della discrezionalità amministrativa nel mercato dei contratti pubblici tra ordinamento interno e comunitario. Un confronto – 1.1. La tutela della concorrenza come limite alla discrezionalità amministrativa: premessa e rinvio – 2. Il Giudice amministrativo quale giudice dell'economia e la tutela della concorrenza per il mercato: premessa e rinvio.

*1. La concorrenza per il mercato e l'esercizio della discrezionalità amministrativa nel mercato dei contratti pubblici tra ordinamento interno e comunitario. Un confronto.*

Nei capitoli precedenti, attraverso l'esame dell'evoluzione normativa del settore, si è avuto modo di vedere come, sin dalla legge sulla contabilità dello Stato, l'intera normativa è sempre stata permeata dall'idea che l'Amministrazione fosse la parte contrattuale più debole e che dovesse essere tutelata, tramite una legislazione di privilegio, nell'insidiosa contrattazione con i privati appaltatori, in cui l'interesse alla convenienza amministrativa doveva detenere una posizione di centralità.

L'evidenza pubblica era considerata uno strumento teso ad evitare il verificarsi di pratiche corruttive e spreco di denaro pubblico piuttosto che a garantire la concorrenza tra gli operatori privati.

La discrezionalità dell'amministrazione veniva vista come uno strumento capace di aprire più facilmente la strada a fenomeni collusivi e corruttivi tra imprese e funzionari infedeli.

Non a caso le due principali modalità di selezione del contraente erano l'asta pubblica aperta a tutti i potenziali offerenti, oppure la licitazione privata, con la

partecipazione delle imprese invitate dalla stazione appaltante e la selezione dell'offerta migliore sulla base di un solo parametro vincolato e cioè quello del prezzo offerto<sup>280</sup>.

Parte della dottrina ha rintracciato il fondamento di tale atteggiamento di diffidenza nei confronti della discrezionalità nella tendenza ad associare la discrezionalità al potere e ciò avrebbe radicato nella nostra cultura giuridica «un diffuso atteggiamento di diffidenza per i possibili pericoli di abuso e di ingiustizia delle autorità pubbliche» e avrebbe condotto «alla sperimentazione di rimedi, concepiti più che in chiave negativa di vincolo, limite o freno, che non in termini positivi di sviluppo, affinamento, e responsabilizzazione delle capacità decisorie»<sup>281</sup>.

Per tali ragioni e quindi nel timore che l'amministrazione potesse esercitare la propria discrezionalità per colludere con la parte privata ai danni dello Stato, la normativa del tempo rispondeva ad uno schema regolatorio di tipo “*command and control*”, fondato sulla imposizione di minuziose regole di condotta tese a circoscrivere quanto più possibile il margine di scelta dell'amministrazione.

Tale concezione, propria del nostro ordinamento, ha dovuto tuttavia fare i conti con il diverso approccio contenuto nelle direttive europee concretizzatosi, in particolar modo, con le direttive del 2004 e del 2014.

La più recente normativa europea, infatti, ha inteso segnare il passaggio dalla suddetta regolazione di tipo “*command and control*” ad una regolazione cooperativa tesa, invece, a valorizzare il potere di scelta dell'amministrazione<sup>282</sup>.

---

<sup>280</sup> In questo senso M. CLARICH, *Introduzione*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, II ed., 2019, 33 ss. L'A. evidenzia come il recepimento delle direttive europee nel nostro ordinamento si è scontrato fin dall'inizio con la difficoltà delle stazioni appaltanti (troppo numerose e poco attrezzate sul piano tecnico scientifico) e delle imprese (spesso di piccole dimensioni) di gestire o prendere parte a procedure più flessibili, ma che richiedono comunque la capacità di garantire la par condicio e la trasparenza. Ciò spiegherebbe anche perché le procedure più innovative, come il dialogo competitivo, sono state utilizzate di rado. Inoltre, il settore degli appalti pubblici è particolarmente esposto a fenomeni corruttivi e, com'è noto, la corruzione trova spazio maggiore là dove le stazioni appaltanti e le commissioni di gara sono chiamate a operare valutazioni discrezionali.

<sup>281</sup> Così G.D. COMPORTI, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. COMPORTI, 2011, 2 ss.

<sup>282</sup> Così S. SIMONE-L. ZANETTI, *Appalti pubblici e concorrenza*, op.cit., 131.

In altre parole, l'approccio del legislatore europeo, meno formalistico e a favore di modelli decisori più flessibili e fondato soprattutto sull'esigenza di aprire il mercato degli appalti pubblici alla concorrenza a livello europeo, si è dovuto confrontare con l'impianto tradizionale dell'ordinamento italiano, improntato sull'esigenza di prevenire sia il rischio di una gestione non trasparente e non corretta delle procedure da parte delle stazioni appaltanti, sia anche i tentativi delle imprese di condizionare l'andamento e l'esito delle procedure di gara<sup>283</sup>.

Tale ultima prospettiva risulta fondata su una chiara sfiducia nell'integrità morale delle stazioni appaltanti e delle imprese e vede nella conformità del comportamento del soggetto pubblico alle stringenti norme procedurali, una modalità di garanzia del migliore impiego delle risorse, della diligenza, lealtà e correttezza dell'agire dei pubblici funzionari incaricati di operare con lo strumento negoziale di diritto privato<sup>284</sup>.

L'ottica UE<sup>285</sup> – fondata sulla convinzione che il mercato dei contratti pubblici debba essere un mercato aperto al maggior numero di imprese in grado di competere su un piano di parità, in modo trasparente ed efficiente – invece, guarda alla discrezionalità, o meglio al suo corretto esercizio, come a un valore da apprezzare e coltivare, poiché consente di individuare la soluzione contrattuale migliore tenendo conto delle circostanze del caso concreto<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> Cfr. M. CLARICH, ult. op. cit.

<sup>284</sup> Cfr. A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, op.cit., 43.

<sup>285</sup> Detto anche “the doctrine of flexibility”, così C.H. BOVIS, *The Drivers and Boundaries of discretion in the award of public contracts*, in *Discretion in EU Public procurement Law, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law*, 2020,55. Secondo parte della dottrina tale approccio sarebbe il frutto dell'influenza di due ordinamenti dell'Unione ossia il Regno Unito e la Francia. Ciò in quanto in questi due ordinamenti sussiste un'idea di “alta amministrazione”, ove sono indubbie la competenza e l'autorevolezza delle stazioni appaltanti che svolgono un ruolo attivo nel mercato, facendo ampio ricorso a poteri discrezionali. In questo senso C. RANGONE, *La discrezionalità delle amministrazioni e altre soluzioni per il miglioramento della contrattazione pubblica in Francia e nei principali sistemi europei*, in *Riv. Trim. app.*, 4, 2020, 2063 ss.

<sup>286</sup> Sul punto vi è stato chi ha evidenziato, tuttavia, che concedere troppa discrezionalità alle SA nel momento dell'applicazione della normativa può ledere l'effettività dell'armonizzazione delle normative dei singoli Stati membri. Così. S. BOGOJEVIC, X. GROUSSOT, J. HETTNE, *The Age of discretion*, in *Discretion in EU Public procurement Law*, op.cit., 14. Altri hanno invece ritenuto la discrezionalità come «the most influential factor in the evolution of the public procurement acquis». Così C.H. BOVIS, *The Drivers and Boundaries of discretion in the award of public contracts*, in *Discretion in EU Public procurement Law*, op. cit., 53 ss. Ove l'A. specifica che la discrezionalità delle SA emerge, in particolare, nella c.d. “procedural discretion” ossia quella che riguarda la scelta della procedura, e la

Questo approccio di “regolazione pro concorrenziale” – che manifesta una chiara fiducia dell’UE nelle pubbliche amministrazioni – tende quindi a lasciare alle amministrazioni maggiori spazi di valutazione e flessibilità, consentendo anche momenti di confronto con le imprese operanti sul mercato.

Esemplificativo di questo approccio è il principio c.d. di “libera amministrazione”. Tale principio – originale del sistema UE – è stato introdotto, in maniera esplicita nella direttiva concessioni del 2014 al considerando n. 5 e agli artt. 2 e 30.

Questi ultimi due articoli prevedono, rispettivamente, che *«la presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l’esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità con il diritto nazionale e dell’Unione»*; *«l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto della presente direttiva»*.

Secondo parte della dottrina<sup>287</sup> tale principio sarebbe poi da rintracciare anche nelle direttive appalti ai considerando 5<sup>288</sup>, 42,70<sup>289</sup> della direttiva 2014/24/UE e al considerando 7<sup>290</sup> della direttiva 2014/25/UE.

Per quanto qui di interesse, merita qualche riflessione in più il considerando n. 42 della direttiva 2014/24/UE, secondo cui: *«È indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d’appalto che prevede la negoziazione. È probabile che un*

---

discrezionalità in termini sostanziali (discretion in substantive terms) che riguarda la scelta dei requisiti di partecipazione, dei criteri di aggiudicazione (ove sarebbe preferibile quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa proprio per gli ampi margini di discrezionalità) e la determinazione delle clausole di esclusione degli operatori economici.

<sup>287</sup> M. P. CHITI, *Principi*, op. cit., 296.

<sup>288</sup> Secondo cui *«È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva»*.

<sup>289</sup> *«Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di aggiudicare a una centrale di committenza un appalto pubblico di servizi per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze senza applicare le procedure di cui alla presente direttiva»*.

<sup>290</sup> Riprende pedissequamente il considerando 5 della direttiva 24: *«È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva»*.

*più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri, in quanto la valutazione ha dimostrato che gli appalti aggiudicati con procedura negoziata con previa pubblicazione hanno una percentuale di successo particolarmente elevata di offerte transfrontaliere. È opportuno che gli Stati membri abbiano la facoltà di ricorrere ad una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo in varie situazioni qualora non risulti che procedure aperte o ristrette senza negoziazione possano portare a risultati di aggiudicazioni di appalti soddisfacenti».*

Tale considerando, dunque, definisce come “indispensabile” la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di disporre di maggiore flessibilità nella scelta delle procedure di appalto dal momento che, al variare delle situazioni, le stazioni appaltanti devono essere libere di poter scegliere la procedura in grado di garantire i risultati più efficienti.

Guardando alla normativa UE richiamata, il principio di libera amministrazione, dunque, sembrerebbe coinvolgere due dimensioni: i) l'autonomia organizzativa (intesa anche come auto-produzione) della prestazione dei servizi; e ii) l'autonomia di “costruire” le procedure in modo appropriato a seconda dei caratteri delle specifiche fattispecie, per dialogare efficientemente con il mondo dei prestatori<sup>291</sup>.

Tale approccio si scontra – come detto – con quello nazionale che, condizionato dalla sfiducia nell'integrità morale delle stazioni appaltanti e delle imprese, ha sempre tentato di restringere la discrezionalità delle amministrazioni e i loro margini di scelta.

Il legislatore nazionale, in sede di recepimento (sia con il codice del 2006 che con quello del 2016) ha cercato di amalgamare e fondere insieme queste due anime della disciplina dei contratti pubblici: la prima, quella della visione contabilistica, legata, come visto, alla tradizione normativa italiana e caratterizzata dalla presenza di un fitto reticolo di rigide norme, strutturate sul

---

<sup>291</sup> Cfr. M. P. CHITI, ult. op. cit., 297.

già richiamato schema del “*command and control*”; e la seconda, invece, di stampo europeo, connotata dall’esigenza di aprire il mercato dei contratti pubblici alla concorrenza, proprio attraverso l’aumento dei margini di scelta delle amministrazioni aggiudicatrici.

Esemplificativo di questo mutamento e dei tentativi di aumentare la discrezionalità delle Amministrazioni aggiudicatrici è, a titolo meramente esemplificativo, il *favor* riconosciuto (a livello europeo e poi recepito dal Codice) al criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa<sup>292</sup> ma anche l’introduzione di modelli procedurali sempre più flessibili (quale, ad esempio, il dialogo competitivo).

Il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, (c.d. anche del rapporto qualità/prezzo) è stato privilegiato dalle direttive europee, in contrasto con la tradizione del nostro ordinamento che ha sempre preferito il criterio del prezzo più basso proprio perché non concede all’amministrazione alcuno spazio discrezionale.

Allo stesso modo, l’esigenza di assicurare la più ampia partecipazione e concorrenzialità ha reso recessivo, almeno entro certi limiti, il formalismo esasperato di alcune disposizioni che conducevano all’esclusione anche imprese in grado di presentare offerte sostanzialmente convenienti seppur formalmente viziate.

Rilevante sotto questo profilo sono state le modifiche alla disciplina delle cause di esclusione (ora applicabile solo nei casi espressamente previsti dal Codice) e anche a quella del soccorso istruttorio, previsto ora all’art. 83, comma 9, c.c.p. che, posto ormai in termini di “doverosità”, ha risposto all’esigenza di deflazionare il defatigante contenzioso che ha interessato la materia, spesso sfociato in una formalistica “caccia all’errore”<sup>293</sup>.

Tuttavia, ad oggi, l’obiettivo di abbandonare la tradizionale “iper-regolamentazione” non risulta raggiunto tant’è che, come visto, si parla ancora

---

<sup>292</sup> Tale mutamento verrà approfondito nel capitolo III.

<sup>293</sup> Sul punto si v. F. APERIO BELLA, S. CALDARELLI, E. M. SANTORO, S. TRANQUILLI, *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, Tomo II, II ed., 1468 ss.

di “semplificazione” e dell’inadeguatezza del Codice degli appalti attualmente vigente.

Si è visto, infatti, come il Codice del 2006 sia stato un primo tentativo di far coesistere i due approcci (quello della disciplina europea e quello tradizionale della normativa nazionale) e come il Codice del 2016 sia stato modificato così tante volte, nell’ottica della “semplificazione”, da portare taluni a domandarsi se sussiste ancora un Codice dei contratti pubblici.

A livello nazionale la problematica della iper-regolamentazione è sempre stata evidenziata e denunciata. Si ricorda, in particolare, la relazione annuale dell’ANAC (al tempo AVCP) del 2009 (quindi sotto la vigenza del Codice del 2006 che aveva attuato il pacchetto di direttive del 2004) ove veniva fatto presente che l’iper-regolamentazione che caratterizzava (e caratterizza) il mercato dei contratti pubblici determina *«un irrigidimento e un’eccessiva burocratizzazione della materia , in un settore – quello dei contratti pubblici – caratterizzato, invero, da un mercato dinamico che richiede, al contrario, strumenti normativi snelli e di agevole applicabilità»*, creando così dubbi di compatibilità *«con gli obiettivi di semplificazione e razionalizzazione della disciplina in materia di contratti pubblici, perseguiti anche dal legislatore comunitario con l’adozione delle direttive di settore»*.

Nella fase di recepimento delle nuove direttive del 2014, l’Autorità<sup>294</sup> sottolineava, nuovamente, l’esigenza di semplificare la disciplina e di riconoscere *«un ruolo centrale alle scelte delle amministrazioni aggiudicatrici»*, suggerendo così di intervenire attraverso una normazione essenziale, addirittura limitata all’individuazione degli obiettivi dell’azione amministrativa, così da lasciare un ampio margine di azione alle amministrazioni aggiudicatrici.

---

<sup>294</sup> Nella relazione per l’anno 2014. Una volta adottato il nuovo Codice, l’Autorità definiva tale modifica come “una piccola rivoluzione copernicana nella materia degli appalti in Italia”, in quanto risultava «un testo rispettoso delle indicazioni che venivano dalle direttive comunitarie e dalla legge delega e che merita sostanziale condivisione» e in particolare, molto più agile e snello rispetto al passato (relazione annuale per l’anno 2016).

Come si è visto nel capitolo precedente, tuttavia, dopo anni, si parla ancora costantemente di “semplificazione che verrà”<sup>295</sup> e l’obiettivo di flessibilità sembra sfuggire sempre dalle “mani” del legislatore.

Da quanto sin qui ricordato possono trarsi alcune conclusioni che fungeranno da premesse ai capitoli successivi.

Anzitutto, a livello europeo, la discrezionalità viene vista come uno strumento capace di garantire la concorrenza e il buon funzionamento del mercato.

Ciò, invece, non avviene a livello interno ove, per i motivi già analizzati la discrezionalità viene considerata come uno strumento in grado di aumentare il pericolo di abuso del potere da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

Dalla necessità di far coesistere questi due approcci sono poi discese le normative interne che potremmo definire “ibride” in quanto, da un lato, hanno tentato di adeguarsi all’approccio e alla normativa europea, dall’altro, sono risultate “figlie” del retaggio della tradizione interna.

Nei capitoli successivi si cercherà di delineare il ruolo che detiene il potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici nell’attuale impianto normativo e nella vigente disciplina dell’evidenza pubblica, quale potere in grado di delineare l’accesso al mercato (e quindi capace di incidere sulla concorrenza per il mercato); si cercherà poi di analizzare alcune ipotesi in cui la suddetta natura “ibrida” della normativa vigente ha fatto emergere alcune criticità di sistema.

### *1.1. La tutela della concorrenza come limite alla discrezionalità amministrativa?: premessa e rinvio*

Occorre ora soffermarsi su un altro aspetto che lega l’esercizio del potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici alla tutela della concorrenza

---

<sup>295</sup> R. DE NICTOLIS, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, op.cit.

ed è quello che vede la necessità di tutelare e garantire la concorrenza come limite alla discrezionalità amministrativa.

Si è visto come la discrezionalità amministrativa venga considerata (o, nel caso dell'ordinamento italiano, si tenta di farlo) uno strumento di flessibilità "necessario" di cui le amministrazioni devono poter disporre per poter dialogare efficientemente con il mercato, garantire la concorrenza e riuscire ad assicurare l'interesse pubblico del caso concreto, proprio di ogni singola procedura.

La concorrenza (*recte*: la garanzia della stessa), dal suo canto, è diventata addirittura parametro di sindacabilità della discrezionalità stessa o meglio, del suo corretto esercizio<sup>296</sup>.

Il Giudice amministrativo, infatti, riconosce – in particolare in tema di contratti pubblici – concorrenza, ragionevolezza e proporzionalità come «*limiti che connotano il margine di insindacabilità per la discrezionalità dell'Amministrazione*»<sup>297</sup> e dunque, *a contrario*, una scelta discrezionale dell'amministrazione committente lesiva della concorrenza, irragionevole e non proporzionale può essere riconosciuta dal g.a. come illegittima in quanto distorsiva del mercato.

Sul punto, pare utile richiamare anche una recente pronuncia del Consiglio di Stato che ha affermato che «*la discrezionalità della stazione appaltante si può spingere fino a ridurre la platea dei potenziali concorrenti, sempre che tale scelta non sia irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda quindi ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto*»<sup>298</sup>.

---

<sup>296</sup> Sul tema di come i principi della concorrenza costituiscano ormai parametri di legittimità degli atti amministrativi si v. R. CHIEPPA, *Il giudice amministrativo e il mercato*, in *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, a cura di G. PELLEGRINO-A. STERPA, Roma, 2014, 179 ss.

<sup>297</sup> Cfr. Cons. Stato, 26 giugno 2017, n. 3110.

<sup>298</sup> Cons. Stato, sez. V, 08 gennaio 2021, n. 284. Così anche Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2020, n. 1484; Id., sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440.

Dunque, se è vero che l'amministrazione è libera di identificare le proprie esigenze da soddisfare attraverso il ricorso al mercato e che ha il potere di delinearne l'accesso, e che tale facoltà esprime un apprezzamento discrezionale, è anche vero che la discrezionalità raggiunge il suo scopo di sinonimo di efficienza e di strumento di concorrenzialità solamente se esercitata in modo congruo e proporzionato, nel rispetto delle regole concorrenziali immanenti al mercato e ai singoli micro mercati in cui si sostanziano le singole procedure ad evidenza pubblica.

In altre parole, se l'amministrazione committente utilizza in maniera distorta il proprio potere discrezionale, l'eccesso di potere si ripercuote sulla concorrenza, incidendo su di essa in senso non proporzionale e, dunque, alterandola.

Una distorsione del mercato (ad es. una restrizione eccessiva dello stesso che causa una riduzione della platea dei potenziali offerenti) può comportare, infatti, un'ingiustificata e sproporzionata barriera all'ingresso delle procedure ad evidenza pubblica e ledere i principi concorrenziali di matrice UE che sono alla base stessa del procedimento ad evidenza pubblica e che, si è visto, sono improntati al criterio per cui è la garanzia dell'effettiva concorrenza a recare in sé la garanzia di efficienza e la scelta migliore delle risorse.

Dunque, considerare la discrezionalità come strumento di efficienza concorrenziale o considerare la concorrenza come limite alla discrezionalità delle SA, corrispondono, in realtà, a due facce della stessa medaglia: solamente il corretto uso della discrezionalità può assicurare che la stessa possa garantire la concorrenza e non distorcere il mercato e, a sua volta, un corretto uso della stessa è possibile solo se tale potere viene esercitato nel rispetto del principio della concorrenza.

Nei capitoli successivi si analizzeranno, attraverso l'esame di alcuni casi pratici, proprio tali dinamiche: si cercherà di evidenziare, da un lato, il valore "positivo" che la discrezionalità dovrebbe avere, dall'altro, si esaminerà come, nella disciplina e nella prassi interna spesso ciò non avvenga.

Si esamineranno poi anche casi in cui la discrezionalità non viene utilizzata correttamente e provoca le già richiamate distorsioni alla concorrenza per il mercato su cui poi è chiamato ad intervenire il Giudice amministrativo.

## *2. Il Giudice amministrativo quale giudice dell'economia e la tutela della concorrenza per il mercato: premessa e rinvio.*

Quanto appena detto sulla concorrenza – che in alcune occasioni diviene parametro di sindacabilità della discrezionalità amministrativa – si lega a un altro tassello utile alla presente ricerca, ossia al ruolo che il Giudice amministrativo detiene all'interno della “regolazione” di tale mercato.

Il giudice amministrativo, infatti, in quanto “giudice del potere”<sup>299</sup>, è diventato – in particolare con la trasformazione dello Stato da *interventore* a *regolatore*<sup>300</sup> – giudice di ogni forma di regolazione economica, sia che essa

---

<sup>299</sup> Si ricorda sul punto la pronuncia della Corte costituzionale 204 del 2004, con la quale la Corte costituzionale ha ricostruito «il ruolo del giudice amministrativo come giudice del "potere" amministrativo, riconoscendo in quel potere - e nel legame tra esso e la condotta che ne ha costituito illegittimo esercizio/non esercizio - la ragione e il limite della giurisdizione amministrativa» Così v. M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in Riv. giur. edilizia, 6, 2010, 479 ss. Tale evoluzione è stata ricordata recentemente da F. PATRONI GRIFFI, *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa*, in *Questionegiustizia.it*, 1, 2021, 19 ss., che ha ricordato che la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale ha “letto” la giurisdizione amministrativa – al culmine di un lungo processo storico – come giurisdizione generale sui pubblici poteri, cioè come giurisdizione “naturale” sull'amministrazione che agisca in veste di Autorità, cogliendo così l'essenza del criterio di riparto indicato dalla Costituzione: se l'interesse legittimo è la situazione soggettiva che si contrappone al potere, il giudice dell'interesse legittimo è il giudice del potere che agisca in veste di autorità, cioè del potere pubblico in senso stretto. Vi è stato poi anche chi ha specificato che il g.a. non sarebbe solo ed esclusivamente il giudice del potere ma è anche «il giudice delle situazioni giuridiche coinvolte nell'esercizio del potere o meglio del bene della vita che è oggetto della vicenda amministrativa portata alla sua attenzione» e ciò sarebbe evincibile dalla individuazione dell'ambito della giurisdizione amministrativa operata dal codice all'art. 7 c.p.a. così R. DI PACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2012, 1273, ss.

<sup>300</sup> Sul punto v. G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2011, 676 ss., secondo cui «Il crescente ruolo svolto dal giudice amministrativo quale arbitro di ultima istanza del funzionamento dei mercati appare direttamente legato alle più generali trasformazioni del diritto pubblico dell'economia, segnate, a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo, dall'affermazione dello Stato regolatore » Ciò in quanto, «già all'indomani dell'avvio del processo di privatizzazione, si era rilevato che la riduzione dell'intervento pubblico diretto nell'economia non avrebbe comportato una scomparsa dello Stato, ma una sua riorganizzazione, innanzi tutto attraverso l'istituzione di apposite autorità indipendenti di regolazione». Il g.a. diviene così il «soggetto istituzionalmente preposto a risolvere un numero crescente di controversie: non solo tra pubbliche amministrazioni e imprese ma anche tra imprese in concorrenza tra loro di fronte all'autorità di regolazione»

abbia per oggetto «la tutela della concorrenza o la risposta ai fallimenti del mercato, sia l'accesso alle misure volte a favorire lo sviluppo o a dare risposta ai grandi interessi connessi con l'infrastrutturazione del paese»<sup>301</sup>.

In tal senso si sarebbe venuto a costituire quello che è stato definito come il “grande contenzioso economico” del giudice amministrativo che, per il valore delle controversie, la molteplicità dei soggetti coinvolti e il valore strategico degli interessi in gioco, ha assunto ormai carattere decisivo<sup>302</sup>.

È stato osservato, peraltro, che la rilevanza assunta dal contenzioso amministrativo sarebbe il risultato anche della moltiplicazione dei rapporti tra pubblici poteri e sistema imprenditoriale e della loro sempre maggiore giuridicizzazione<sup>303</sup>, là dove, in precedenza, le relazioni tra lo Stato e i principali operatori economici (pubblici e privati) erano gestite in sede eminentemente politica<sup>304</sup>.

---

<sup>301</sup> A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, a cura di G. PELLEGRINO -A. STERPA, Roma, 2014, 39 ss. Su questi temi v. anche M.A. SANDULLI, *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, a cura di L. ANTONINI, Bologna, 2016; G. MONTEDORO, *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015.

<sup>302</sup> G. NAPOLITANO, ult. op. cit.

<sup>303</sup> Sul punto v. anche G. MONTEDORO, *Mercato e potere amministrativo*, op.cit., 85, secondo cui: «Il diritto pubblico è sempre più diritto pubblico dell'economia, l'organizzazione amministrativa muta, accoglie moduli organizzativi privatistici, sempre maggiore centralità rivestono i privati organismi di diritto pubblico, sempre più frequente appare l'intreccio di interessi pubblici e privati. Nasce un diritto pubblico generale dell'economia, compatibile con i principi della concorrenza, che si misura continuamente con il diritto comunitario, che richiede un giudice dell'economia globalizzata (...)»

<sup>304</sup> Così ancora G. NAPOLITANO, ult. op. cit.

Ad oggi, il giudice amministrativo<sup>305</sup>, quale “giudice della nuova economia”<sup>306</sup>, è, dunque, chiamato a tutelare i cittadini e le imprese dal non corretto esercizio del potere amministrativo e nel garantire, laddove i ricorsi siano privi di fondamento, la rapida e sicura prosecuzione del perseguimento dell’interesse pubblico<sup>307</sup>.

Il contenzioso economico del g.a. consente ormai a tutti i protagonisti dell’“arena economica” di divenire protagonisti della vicenda giurisdizionale facendo sì che la concorrenza non divenga solo esercizio di un potere “regolatorio” ma anche esercizio stesso del diritto di azione, volto ad ottenere la conformazione dell’ordinamento (*recte*: in particolare, dell’azione amministrativa) ai suoi principi<sup>308</sup>.

---

<sup>305</sup> L’emergenza Covid-19 ha riportato in auge la discussione – che ciclicamente ritorna ad occupare l’interesse della dottrina – sul ruolo del g.a. e sulla sua effettiva necessità. Si v. l’acceso dibattito scaturito sul quotidiano “Il Foglio” tra chi – al fine di velocizzare la ripartenza del Paese – ha voluto avanzare la proposta di garantire davanti al g.a. (almeno per un certo periodo) unicamente la tutela risarcitoria per equivalente degli interessi legittimi (così G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, M. RENNA e A. POLICE, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*, in *Il Foglio*, 5 aprile 2020) e chi ha inteso ricordare il ruolo indispensabile e imprescindibile di una tutela piena ed effettiva davanti al giudice amministrativo al fine di garantire la legalità e la giustizia nell’amministrazione (anche) in tempi di crisi, così v. G. CORSO, F. FRANCIOSI, G. GRECO, M.A. SANDULLI, A. TRAVI, *In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il Foglio*, 8 aprile 2020. Il dibattito è poi scaturito in un webinar organizzato dall’AIPDA il 29 aprile 2020 su “*Poteri del giudice amministrativo ed efficienza della pubblica amministrazione in materia di appalti*”, (disponibile on line al link <https://youtu.be/k5PiWR0kSv8>). A difesa della giustizia amministrativa e del suo ruolo v. da ultimo M.A. SANDULLI, *La risorsa del giudice amministrativo*, in *Questionegiustizia.it*, 1, 2021, 38 ss. Tale discussione sembra, come detto, riaccendersi ciclicamente anche su provocazione della classe politica, in questo senso si v. l’intervento di R. Prodi dell’11 agosto 2013 pubblicato su alcuni quotidiani nazionali ove affermò che «*se si abolissero i TAR e il Consiglio di Stato, il nostro Pil assumerebbe subito un cospicuo segno positivo*». A difesa del ruolo del g.a. si vedano anche G. TROPEA, *Il Giudice amministrativo, giudice dell’economia*, in *Intervento pubblico dell’economia*, op.cit.; F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: ostacolo o servizio*, in *Astrid.it*, 2014; Id., *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa*, op.cit.; P. DE LISE, *ult. op.cit.*; L. TORCHIA, *Giustizia ed economia*, in *Giorn. dir.amm.*, 4, 2014; B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, 2012.

<sup>306</sup> Sul rapporto del g.a. con la micro e macro economia v. F. MERUSI, *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in *An. Giur. ec.*, 2, 2018, 429 ss.; sul ruolo del g.a. nella tutela della concorrenza in senso antitrust v. F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, op.cit., 257 ss. Vi è anche chi ha evidenziato che il g.a., con il tempo, è divenuto giudice dell’economia, in quanto chiamato a tutelare non solo l’interesse giuridico-formale, ma anche, nei limiti consentiti, l’interesse economico sostanziale, l’interesse collettivo implicato nelle trasformazioni dell’amministrazione indotte dalla globalizzazione, così G. MONTEDORO, *ult. op.cit.*, 83.

<sup>307</sup> Cfr. P. DE LISE, *Un giudice per l’economia*, in *Giustizia amministrativa e crisi economica*, op.cit., 69.

<sup>308</sup> Cfr. A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Diritto amministrativo ed economia; una sinergia per la competitività del paese. Atti del LX convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Milano, 2015, 80 e anche in *Dir. proc. Amm.*, 3, 2015, 952 ss.

In questa prospettiva il buon funzionamento del “sistema giustizia” diventa quindi una componente fondamentale dello stesso buon funzionamento del mercato<sup>309</sup>.

Uno dei settori nevralgici che costituisce buona parte del contenzioso economico davanti al giudice amministrativo è proprio quello dei contratti pubblici.

In tale settore i cittadini e le imprese chiedono al g.a. di superare l’insostenibile incertezza del sistema<sup>310</sup>, di semplificare il quadro dei rapporti tra la p.a. e gli operatori economici, di vigilare sulla proporzionalità e ragionevolezza delle scelte “regolatorie” compiute dalla p.a.

Con riguardo, in particolare, a tale ultimo aspetto, il giudice amministrativo diviene quindi garante (anche) della concorrenza per il mercato, ossia della concorrenza dei singoli micro-mercati che sono le procedure di gara.

---

<sup>309</sup> Così ancora G. NAPOLITANO, ult. op. cit., Per un’analoga chiave di lettura, E. FERRARI, *Garanzia e regolazione dei mercati di fronte al sindacato dei giudici*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA, Torino, 2006, 341 ss.

<sup>310</sup> Sul punto si riportano le riflessioni di M.A. SANDULLI, ult. op.cit., «Diversamente dalle altre grandi branche del diritto, il diritto amministrativo non ha un codice e risente del sistema multilivello delle competenze legislative e normative e, soprattutto, della necessità e difficoltà di stare al passo con le continue evoluzioni culturali, sociali e tecnologiche e di fare tempestivamente fronte alle esigenze economiche e alle altre possibili congiunture (...). In un quadro normativo oggettivamente incerto, il ruolo della giurisprudenza è, evidentemente, massimo, ma, proprio per questo, sono massime anche le sue responsabilità. Il giudice deve «interpretare» e, facendo il miglior uso della funzione nomofilattica, offrire una chiave di lettura prevedibile e omogenea per le future decisioni, ma il suo ruolo di «concorrere a “formare” il diritto, cioè a costituire il diritto come concretamente applicato ogniquale volta si chiedi l’intervento del giudice per dirimere una controversia» (F. PATRONI GRIFFI, *Usi e consuetudini giudiziari* e diritto giurisprudenziale», relazione alla Tavola rotonda su «L’uso giudiziario», seminario su «I precedenti» (Roma, Seminari “Leibniz” per la teoria e la logica del diritto, Accademia dei Lincei, 6 luglio 2017), in *giustizia-amministrativa.it*, 2017), (i) non deve travalicare i confini della giurisdizione, esorbitando nell’ambito proprio del legislatore attraverso la “creazione” di regole totalmente nuove e/o “riplasmando” il modello costruito dalla legge, al punto da fissare linee di indirizzo potenzialmente, o addirittura chiaramente, divergenti dal testo normativo, in marcato contrasto con il canone ermeneutico di cui all’art. 12, comma 1, delle cd. preleggi, per il quale, nell’applicare la legge, non le si può attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la relativa connessione, e (ii) deve essere ispirato ai principi dell’errore scusabile e del cd. prospective overruling, nel senso che deve fare in modo di non far ricadere sugli amministratori e sugli amministrati le conseguenze negative di una interpretazione in peius non facilmente prevedibile». Sul generale tema dell’incertezza delle regole e sul ruolo della giustizia amministrativa si v. ex multis: AA.VV., *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, a cura di F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI, Napoli, 2018 e ivi per ulteriori riferimenti; AA.VV., *L’incertezza delle regole. Atti del Convegno annuale AIPDA 3-4 ottobre 2014*, *Annuario Aipda 2014*, Napoli, 2015.

Ad oggi, attraverso il suo sindacato – da considerarsi ormai “pieno ed effettivo” anche nei riguardi della discrezionalità c.d. tecnica<sup>311</sup> – il g.a. è in

---

<sup>311</sup> Il sindacato sulla discrezionalità tecnica, infatti, ha subito nel corso degli anni una notevole evoluzione nel senso dell'effettività della tutela. Come noto, un primo risalente orientamento aveva ricondotto le valutazioni che la p.a. compieva in sede di discrezionalità tecnica al merito dell'azione amministrativa e per tale motivo insindacabile ed equiparabile a valutazioni di opportunità. Attraverso tale equiparazione veniva così affermata l'impossibilità per il g.a. di sostituire il proprio giudizio alla valutazione discrezionale. Questo orientamento è stato superato a seguito di una precisa svolta culturale e ermeneutica anche in coerenza con un nuovo modello di normazione, non più analitica e per enumerazione ma elastica e aperta all'integrazione tecnica dei concetti indeterminati. Cfr. G. TERRACCIANO, A. M. COLARUSSO, *L'indizio nella decisione amministrativa*, op. cit., 47. Tale cambiamento è avvenuto grazie alle diverse acquisizioni della dottrina sia italiana che tedesca sul punto (Per una approfondita rassegna delle teorizzazioni si rinvia a D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa* op.cit., 203 ss.) e grazie anche all'apporto della giurisprudenza amministrativa. Il Consiglio di Stato, con la nota pronuncia della IV sezione del 9 aprile 1999, n. 601, ha superato l'equiparazione discrezionalità tecnica-merito amministrativo evidenziando che ciò che è precluso al g.a. in sede di giudizio di legittimità non è la verifica della valutazione tecnica operata dall'amministrazione, ma la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto che costituisce il merito dell'atto amministrativo. Viene poi precisata la distinzione tra opinabilità e opportunità in quanto viene stabilito che la questione di fatto che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – solo perché opinabile – in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito. A partire da tale pronuncia, dunque, il sindacato del g.a. sugli apprezzamenti tecnici può andare oltre al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa e può arrivare alla verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico ed al procedimento applicativo. Altro step nell'evoluzione del sindacato sulla discrezionalità tecnica è stata poi l'introduzione, all'interno del processo amministrativo, di strumenti quali la consulenza tecnica d'ufficio e della verifica, introdotti prima con l'art. 35 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 con riguardo alla giurisdizione esclusiva e poi con la l. 21 luglio 2000, n. 205 e il codice del processo amministrativo, anche nell'ambito della giurisdizione di legittimità. Per un approfondimento sul punto si v. M. ADORNO, *La consulenza tecnica d'ufficio nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2. 2014, 486 ss. L'introduzione di tali strumenti istruttori di “accesso al fatto” ha infatti permesso il passaggio da un sindacato estrinseco (limitato alla verifica degli indici sintomatici dell'eccesso di potere nell'espletamento della valutazione operata dall'amministrazione, senza poter vagliare l'attendibilità e la correttezza del criterio tecnico-scientifico assunto dalla stessa) ad uno intrinseco. In linea poi con la pronuncia del 1999, il Consiglio di Stato è nuovamente intervenuto sul tema distinguendo tra sindacato forte e sindacato debole sulla discrezionalità tecnica. Con la sentenza della IV sez. del 6 ottobre 2001, n. 5287, ha infatti distinto tra: a) fase di espressione del giudizio tecnico, segnata da un vero e proprio carattere di opinabilità nei cui confronti il g.a. – anche mediante la CTU – può sostituire il proprio giudizio opinabile al giudizio opinabile dell'amministrazione; b) la fase di valutazione dell'opportunità amministrativa susseguente alle risultanze dell'indagine tecnica, fase che involge la determinazione finale dell'amministrazione e che, inerendo al merito dell'azione amministrativa, risulta del tutto estranea alla cognizione del giudice. Nel primo caso vi sarà un controllo di tipo “forte” con cui si indica la prevalenza della valutazione tecnica ottenuta in sede processuale su quella effettuata dall'amministrazione, anche nei casi in cui la scelta è condizionata da obiettivi margini di opinabilità; nel secondo caso il sindacato è di tipo debole ed è diretto a sindacare solo le valutazioni tecniche che appaiono inattendibili secondo un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa. Per tale ricostruzione si rimanda a R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Milano, 2020, 493 ss. L'ultimo approdo della giurisprudenza in merito di sindacato sulla discrezionalità tecnica si rintraccia nella decisione del g.a. di superare la distinzione tra sindacato debole-forte, per porre l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato pieno «*tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito (...) sia stato correttamente esercitato*» (Cons. Stato, sez. VI, 5 luglio 2019, n. 4990). La giurisprudenza tende quindi sempre più ad esercitare un controllo pieno ed effettivo

grado di entrare a pieno nelle “maglie” del potere pubblico e verificare se e in che modo le scelte compiute dalle amministrazioni (aggiudicatrici) risultino lesive della concorrenza e contrarie ai canoni di proporzionalità e ragionevolezza.

In questo senso, il giudice amministrativo è chiamato ad esprimersi, in particolare, sui conflitti che derivano dai due principali indirizzi normativi richiamati nei paragrafi precedenti: quello che vede nella procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta della PA una misura volta a prevenire arbitrio o corruzione e quello che assegna, invece, alle procedure concorsuali lo scopo di emulare le dinamiche concorrenziali<sup>312</sup>.

Nei capitoli successivi si analizzeranno dunque diversi istituti e differenti casi di analisi ove il g.a. è stato chiamato a compiere tale bilanciamento e garantire la concorrenza per il mercato, rendendo quanto mai vera l'affermazione «*juger l'amministrazione signifie administrer*»<sup>313</sup>.

---

anche sulla discrezionalità tecnica, considerando ormai definitivamente superata l'equazione discrezionalità tecnica-merito insindacabile. Il sindacato sugli apprezzamenti tecnici della p.a. si svolge quindi in base «*non ad un mero controllo formale ed estrinseco sull'iter logico seguito dall'autorità amministrativa ma alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo*», così R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, ult. op. cit., 498.

<sup>312</sup> Cfr. Relazione annuale del Presidente del Consiglio di Stato per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018, par. 3 ss., consultabile sul sito [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it)

<sup>313</sup> La frase «*juger l'administration c'est encore administrer*» è tradizionalmente attribuita a Pierre Paul Nicolas Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, 1818.

### CAPITOLO III

#### IL “MICRO-MERCATO” TRA CONCORRENZA E DISCREZIONALITÀ

##### SEZIONE I

##### IL PROCEDIMENTO AD EVIDENZA PUBBLICA TRA CONCORRENZA E DISCREZIONALITÀ, CASISTICA E SPUNTI DI ANALISI.

SOMMARIO: 1. Il micro-mercato tra concorrenza e discrezionalità: premessa – 2. L’esercizio (decrescente) del potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici nelle procedure ad evidenza pubblica – 3. La scelta della procedura tra concorrenza e discrezionalità – 3.1. La garanzia della concorrenza davanti alle nuove riforme e i riflessi sulla discrezionalità: a) le deroghe alle procedure sopra-soglia comunitaria – 3.1.2. *segue*: b) le deroghe alle procedure sotto-soglia – 3.1.3. *segue*: La concorrenza e la discrezionalità davanti all’emergenza Covid-19. Uno sguardo d’insieme – 4. La scelta dei criteri di aggiudicazione. Il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità della stazione appaltante – 5. I requisiti di partecipazione tra tutela della concorrenza e discrezionalità: breve premessa – 5.1. *segue*: L’esempio delle cc.dd. clausole di territorialità nei bandi di gara – 5.1.2. *segue*: I più recenti orientamenti del giudice amministrativo tra concorrenza, discrezionalità e proporzionalità – 6. L’istituto del subappalto e la transizione verso l’eliminazione della quota massima subappaltabile tra normativa europea e normativa interna, tra concorrenza e discrezionalità

#### *1. Il micro-mercato tra concorrenza e discrezionalità: premessa*

Come visto nel capitolo precedente, a livello generale, nel mercato dei contratti pubblici, la discrezionalità viene considerata dalla normativa UE come un valore da apprezzare e coltivare in quanto consente di individuare la soluzione contrattuale migliore, tenendo conto delle circostanze del caso concreto.

In particolare, il corretto esercizio della discrezionalità viene visto come lo strumento in grado di garantire alle stazioni appaltanti maggiore flessibilità ed essere così libere di scegliere, caso per caso, la soluzione contrattuale più efficiente che, idealmente, è quella che risulta “vincitrice” nel “gioco della concorrenza”.

In altre parole, dunque, (principalmente a livello europeo) la discrezionalità rappresenta uno strumento capace di garantire la concorrenza e il buon

funzionamento del mercato. Per tale ragione questo approccio è stato definito “pro-concorrenziale”.

Si è poi osservato che se, da un lato, la discrezionalità (*recte*: il suo corretto esercizio) viene considerata come uno strumento “pro-concorrenziale”, dall’altro, la concorrenza, a sua volta, è diventata parametro di sindacabilità della discrezionalità stessa.

Da qui la considerazione secondo cui se è vero che l’amministrazione è libera di identificare le proprie esigenze da soddisfare attraverso il ricorso al mercato e che ha il potere di delinearne l’accesso, e che tale facoltà esprime un apprezzamento discrezionale, è anche vero che la discrezionalità raggiunge il suo scopo di sinonimo di efficienza e di strumento di concorrenzialità solamente se esercitata in modo congruo e proporzionato, nel rispetto delle regole concorrenziali immanenti al mercato e ai singoli micro mercati in cui si sostanziano le singole procedure ad evidenza pubblica.

Analizzate tali dinamiche, nel capitolo che segue – riprendendo anche l’*excursus* sull’evoluzione della tutela della concorrenza contenuto nel capitolo precedente – si esamineranno, sia, alcune delle più recenti dinamiche “concorrenziali”, sia quelle legate all’esercizio del potere discrezionale nelle procedure ad evidenza pubblica e come questo venga esercitato nel momento della delimitazione del “micro-mercato”.

Ciò posto, si andranno poi a considerare casi specifici per esaminare alcune pratiche interazioni tra la tutela della concorrenza e lo strumento della discrezionalità amministrativa all’interno delle dicotomie presenti tra l’approccio UE e quello nazionale.

## *2. L’esercizio (decrescente) del potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici nelle procedure ad evidenza pubblica*

Occorre ora approfondire le questioni legate alla natura e al tipo di potere esercitato dalle stazioni appaltanti nel corso del procedimento ad evidenza

pubblica, così da evidenziare se e in quale misura tali procedimenti siano strumentali all'esercizio di un potere di natura discrezionale.

Parte della dottrina – con cui si intende concordare – ha osservato che caratteristica dei procedimenti di scelta del contraente è quella di essere connotati da un grado di discrezionalità «*via via decrescente*»<sup>314</sup>.

Ciò in quanto una “vera e propria” discrezionalità – intendendo come tale, riprendendo la ricostruzione gianniniana, quella che si concreta nella ponderazione tra diversi interessi pubblici o privati – sarebbe rintracciabile nei soli atti di impulso delle procedure ma non anche nelle fasi successive.

Infatti, una volta stabilito di concludere un contratto e di scegliere una certa procedura di scelta del contraente piuttosto che un'altra e stabilito il criterio di aggiudicazione (elementi che devono essere contenuti nella determina a contrarre), nelle fasi successive della procedura non vi sarebbero più momenti caratterizzati da una acquisizione, ponderazione e mediazione tra i diversi interessi, ma si tratterebbe unicamente di “ottimizzare” il perseguimento dell'interesse pubblico all'individuazione del miglior contraente<sup>315</sup>.

In altre parole, le uniche scelte “veramente” discrezionali sarebbero da collocare nel momento che precede l'avvio della procedura di scelta del contraente e che ne sono anche il presupposto: sarebbe in tale momento che viene individuato l'interesse pubblico concreto per il cui perseguimento è necessario procedere con il successivo procedimento ad evidenza pubblica. Quest'ultimo rivestirebbe dunque una funzione c.d. “esecutiva” rispetto alla scelta di interesse pubblico previamente compiuta che rimane successivamente “cristallizzata”<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> Così S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, Tomo I, a cura di C. FRANCHINI, Milano, 2007, 304.

<sup>315</sup> Cfr. S. VINTI, ult. op. cit., 305.

<sup>316</sup> Così ancora S. VINTI, ult. op. cit., 306 che ha precisato che, infatti, la fase istruttoria di tali procedimenti risulta “chiusa” dal momento che l'amministrazione può decidere solo sulla documentazione fornita dagli operatori entro i termini indicati e non ha quel carattere “aperto” che possiede nei procedimenti che sono invece finalizzati ad operare una vera e propria scelta di interessi e, quindi, «*non prevede l'esercizio da parte dell'amministrazione di quell'attività “inquisitoria” che solitamente viene svolta nei procedimenti volti all'adozione di una scelta discrezionale nel senso che si è precisato*».

Le altre fasi del procedimento, sempre secondo la richiamata dottrina, sarebbero invece caratterizzate per lo più da esercizio di discrezionalità tecnica che si concreta nella scelta delle modalità più idonee per la selezione delle offerte in relazione all'oggetto dell'appalto.

Gli atti di impulso delle singole procedure contengono, infatti, delle determinazioni che sono in gran parte frutto di scelta da parte delle amministrazioni procedenti e che andranno ad incidere sulle successive fasi del procedimento.

In questo senso si pongono, ad esempio, i bandi di gara<sup>317</sup> che hanno quale finalità principale quella di rendere pubblico il contenuto della determina a contrarre (e quindi del metodo di scelta del contraente, il criterio di aggiudicazione, l'oggetto dell'appalto e l'importo dello stesso) e di delineare poi i "confini" del micro-mercato.

Richiamando le parole del giudice amministrativo, la determinazione del contenuto del bando di gara, infatti, «*costituisce espressione del potere discrezionale in base al quale l'Amministrazione può effettuare scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare; le scelte così operate, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano ictu oculi manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, specie avuto riguardo alla specificità dell'oggetto e all'esigenza di non restringere la platea dei potenziali concorrenti*»<sup>318</sup>.

È in questo momento, infatti, che viene data concretezza alla concorrenza per il mercato.

---

<sup>317</sup> Il bando di gara è un atto amministrativo generale, preventivo e preparatorio a contenuto prescrittivo, v. G. URBANO, M. GIUSTIZIANI, *Procedure di scelta del contraente*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, Torino, 2010, 343; P. FONTANA, *Bandi e avvisi*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., a cura di M. CLARICH, Torino, 2019, 566.

<sup>318</sup> Cons. Stato, sez. III, 28 settembre 2020, n.5634.

Quest'ultima, come visto nel primo capitolo, viene infatti delineata da tutte quelle disposizioni tese all'individuazione dei soggetti legittimati a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, tramite la determinazione dei requisiti richiesti agli operatori economici da parte delle amministrazioni pubbliche, 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 oggetto della procedura).

Tali scelte devono essere tali – riprendendo le parole del Consiglio di Stato – da non restringere (irrazionalmente, irragionevolmente o in maniera sproporzionata) la platea dei potenziali concorrenti.

Pertanto, le clausole del bando di gara devono essere stabilite in maniera idonea e adeguata – nel rispetto dei limiti imposti dai principi di ragionevolezza e proporzionalità – e ciò comporta che l'amministrazione aggiudicatrice è legittimata ad introdurre disposizioni tese a limitare la platea dei concorrenti solo quando tale scelta non sia eccessivamente o irragionevolmente limitativa della concorrenza, bensì correttamente delineata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito<sup>319</sup>.

Tali scelte e determinazioni andranno poi ad autovincolare<sup>320</sup> l'amministrazione nelle successive fasi della procedura, cristallizzando così i confini del "micro-mercato"<sup>321</sup>.

---

<sup>319</sup> Il rapporto tra clausole del bando di gara, tutela della concorrenza e principio di proporzionalità verrà analizzato nei paragrafi successivi.

<sup>320</sup> Per autolimito o autovincolo, si intendono qui vincoli che l'amministrazione pone a sé stessa per lo svolgimento della sua futura attività, così P.M. VIPIANA, *L'autolimito della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990. Secondo l'A. quella di autolimito sarebbe una definizione unitaria dal punto di vista funzionale ma non da quello strutturale. Sotto il primo profilo (funzione dell'autovincolo), infatti, sussiste un innegabile «tratto finalistico di fondo»: la prefissione da parte dell'autorità amministrativa di un indirizzo per una scelta successiva in modo che ne risulti limitato il suo potere, di solito discrezionale. Viceversa, sotto il profilo strutturale l'autolimito si concreterebbe in una «complessa e multiforme fenomenologia». Per approfondimenti su quest'ultimo aspetto P.M. VIPIANA, ult. op. cit., 55 ss.

<sup>321</sup> Sul punto v. *ex multis* Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2021, n.1322, secondo cui: «La *lex specialis* di gara deve essere interpretata in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in essa contenute vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento che di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima».

Le “regole” contenute nei bandi di gara pubblica hanno infatti «portata vincolante e ad esse deve essere data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo, cui compete l'attuazione delle medesime, residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento».

Tale autovincolo è infatti posto sia a garanzia dell'imparzialità dell'attività amministrativa che, di conseguenza, a tutela della *par condicio* dei concorrenti, ciò in quanto il meccanismo competitivo proprio della gara pubblica è tale per cui il rispetto puntuale delle formalità prescritte dalla *lex specialis* non può neanche essere oggetto di future interpretazioni, «che avrebbero come unico risultato quello di violare l'intero procedimento a danno di chi ha pedissequamente osservato le prescrizioni previste dal bando di gara»<sup>322</sup>, ciò anche nell'ipotesi di illegittimità della *lex specialis* che deve comunque ritenersi vincolante anche per la pubblica amministrazione che l'ha posta e che non è legittimata a disapplicarla.

Dunque, come evidenziato dalla richiamata dottrina, le procedure di scelta del contraente non sarebbero caratterizzate dall'esercizio di una vera e propria discrezionalità – intesa come ponderazione e valutazione di interessi – salvo il momento di definizione degli elementi essenziali dello “scambio”<sup>323</sup>.

Nei momenti “successivi”, invece, la procedura verrà scandita dagli autovincoli precedentemente posti nella *lex specialis* e vi saranno margini unicamente per valutazioni caratterizzate da discrezionalità tecnica.

Nei paragrafi successivi si andranno ad esaminare alcune delle scelte ricordate: in particolare, la scelta della procedura, la scelta dei criteri di aggiudicazione, l'inserimento nel bando di alcune peculiari clausole (cc.dd. clausole di territorialità), lo strumento del subappalto, la scelta di suddividere o meno l'appalto in lotti e le relative conseguenze in termini di tutela delle PMI.

### 3. La scelta della procedura tra concorrenza e discrezionalità

---

<sup>322</sup> *Ex multis* TAR Bologna, sez. II, 29 ottobre 2020, n.674.

<sup>323</sup> Cfr. S. VINTI, op. cit., 310.

Come visto, il procedimento ad evidenza pubblica è quel procedimento amministrativo che accompagna la conclusione dei contratti della pubblica amministrazione e che ha lo scopo di rendere conoscibili i motivi di pubblico interesse che giustificano l'intenzione di contrarre, la scelta della controparte e la formazione del consenso<sup>324</sup>.

Tale procedimento, volto ad assicurare l'imparzialità e la trasparenza della scelta del miglior contraente, si apre con la determina (o anche determinazione o delibera) a contrarre (art. 32 c.c.p.), atto con cui l'amministrazione definisce gli elementi essenziali del contratto che intende stipulare, espone le ragioni di pubblico interesse che fondano la decisione, la spesa prevista, la modalità di scelta del contraente prescelta e il criterio di selezione delle offerte che intende utilizzare.<sup>325</sup>

La seconda fase del procedimento ad evidenza pubblica è costituita proprio dalla scelta del contraente le cui modalità (nei settori ordinari) sono individuate, ad oggi, nel capo II del titolo III della parte II del Codice dei contratti<sup>326</sup>.

L'art. 59 – che costituisce il recepimento dell'art. 26 della direttiva 2014/24, nei primi due commi, individua le procedure che sono (tassativamente)<sup>327</sup> a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici e disciplina alcune delle principali condizioni per il loro utilizzo.

---

<sup>324</sup> M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, op.cit., 463.

<sup>325</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XXI ed., a cura di F. FRACCHIA, Milano, 2019, 613. Tale provvedimento, in particolare, costituisce "l'anello di congiunzione" tra programmazione e procedimento di scelta del contraente; non ha natura meramente preparatoria ma programmatica in quanto costituisce il presupposto del procedimento contrattuale e lo strumento con il quale si attribuisce evidenza pubblica alla scelta dell'amministrazione di procedere all'affidamento. Così S. FANTINI, H. SIMONETTI, op.cit., 79. Sul tema v. anche P. FONTANA, *Bandi e avvisi*, op.cit., 563 che definisce la determina come un provvedimento di tipo "gestionale" di natura programmatica, con cui una stazione appaltante decide di stipulare un determinato contratto e chiude la fase "preliminare" del procedimento ad evidenza pubblica.

<sup>326</sup> Sul punto v. *ex multis* P. MILAZZO, *Le procedure di scelta del contraente*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., a cura di M. CLARICH, Torino, 2019, 461 ss.; P. LAZZARA, *Commento all'art. 59, in Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. PERFETTI, II ed., Milano, 2017, 592 ss.

<sup>327</sup> Sulla tassatività del decalogo v. CGUE, 10 dicembre 2009, C-299/2008, con riferimento all'art. 28 della direttiva 2004/18/CE. Tale statuizione varrebbe anche nell'attuale contesto normativo dal momento che il vigente articolo 26 della direttiva 2014/24 coincide con il previgente art. 28.

In particolare, la disposizione prevede a) l'ipotesi (considerata ordinaria e generale)<sup>328</sup> delle procedure aperte o ristrette previa pubblicazione di un bando o di un avviso di indizione di gara; b) il partenariato per l'innovazione, nel caso in cui ricorrano i presupposti di cui all'art. 65; c) la procedura competitiva con negoziazione o il dialogo competitivo, al ricorrere dei presupposti descritti dall'art. 59, comma, 2; d) l'ipotesi, considerata residuale e delimitata da particolari circostanze e tutele data la sua portata di sostanziale esclusione della concorrenza<sup>329</sup>, della negoziazione senza previa pubblicazione di un bando di gara<sup>330</sup>.

---

<sup>328</sup> Anche prima dell'entrata in vigore del Codice del 2006, la legislazione nazionale in materia di contratti pubblici poneva la licitazione privata al pari dell'asta pubblica o pubblico incanto che dovevano considerarsi i sistemi ordinari di selezione del contraente: art. 20 della legge n. 104/1994 (in relazione agli appalti di lavori pubblici); art. 9 del d.lgs. n. 358/1992 (in relazione agli appalti di fornitura); art. 6 del d.lgs. n. 157/1995 (in relazione agli appalti di servizi). Sull'istituto della licitazione privata v. A. CANCRINI, *La licitazione privata alla luce della normativa nazionale e comunitaria*, II ed., Rimini, 1998; M. BASSANI, E. ROBALDO, G. RODESI, M. SALVI, *La licitazione privata nella normativa nazionale e comunitaria*, Milano 1999. Sull'art. 20 della l. Merloni v. per tutti R. DEPIPERO, *Commento all'art. 20 l. Merloni*, in *La riforma dei lavori pubblici*, a cura di C. ANGELETTI, Torino, 2000, 427 ss.

<sup>329</sup> Così, P. MILAZZO, ult. op. cit., 462.

<sup>330</sup> Tale novero di procedure, fatta eccezione per il partenariato per l'innovazione, era già previsto nel codice del 2006 che aveva già recepito la "nomenclatura" UE, sostituendo la tradizionale terminologia presente nella legge di contabilità di Stato. Quest'ultima prevedeva quattro procedure: l'asta pubblica/pubblico incanto, la licitazione privata, l'appalto concorso e la trattativa privata. L'asta pubblica corrisponde a una procedura aperta, la licitazione privata potrebbe essere vista come una procedura ristretta e la trattativa privata è assimilabile alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara. Per una ricostruzione storica dell'evoluzione e del "transito" della nomenclatura si v. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., 613 ss.; G. URBANO, M. GIUSTIZIANI, *Procedure di scelta del contraente*, op.cit., 346 ss. Le norme sulla contabilità disciplinavano le suddette procedure in maniera piuttosto analitica. Tuttavia, nonostante tali norme prescrivessero il rispetto di procedure formalizzate per ogni tipo di contratto, stabilendo che il metodo privilegiato dovesse essere l'asta pubblica, e nonostante il fatto che la trattativa privata fosse considerata uno strumento di carattere eccezionale (per la quale venivano rigidamente individuati i presupposti), sotto il regime delle norme sulla contabilità sono spesso prevalsi metodi di selezione diretta non preceduti da confronti concorrenziali. Così S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, op. cit., 312. Sempre sulle procedure ante direttive del 2004, si v. AA.VV. *I contratti della Pubblica amministrazione*, a cura di A. BUSCEMA, op. cit., 408 ss. ove i sistemi di scelta del contraente vengono divisi in due gruppi: quelli di tipo meccanico e quelli di tipo negoziato. Erano considerati di "tipo meccanico" l'asta pubblica e la licitazione privata; mentre venivano considerati "di tipo negoziato" il concorso e la trattativa privata. I tratti salienti dei "modi meccanici" erano così individuati: la controparte dell'amministrazione non partecipa alla formazione del contenuto del contratto e la "scelta" non era davvero una scelta ma una individuazione attraverso un "congegno puramente meccanico". Nei modi negoziati, invece, la controparte è individuata attraverso una scelta ragionata dell'amministrazione e partecipa alla formazione del contenuto contrattuale o mediante trattative, o ponendo essa direttamente il contenuto contrattuale, salvo discuterlo con l'amministrazione contraente.

I successivi articoli (in particolare gli artt. 60 e 61) delineano le caratteristiche essenziali delle due procedure generali di scelta del contraente (aperta e ristretta).

La procedura aperta, ossia la procedura in cui qualsiasi operatore economico interessato può presentare la propria offerta in risposta all'avviso di indizione della gara<sup>331</sup>, si articola sullo schema: bando - ricezione delle offerte - valutazione delle offerte - aggiudicazione.

Non esistendo una fase di “selezione” delle offerte, ma essendo appunto la procedura “aperta”, essa viene considerata (almeno astrattamente) la procedura più rispettosa della massima partecipazione e della tutela della concorrenza<sup>332</sup> in quanto garantisce a tutti gli operatori – che detengono i requisiti necessari per rispondere ai bisogni dell'amministrazione – di poter liberamente partecipare.

Tuttavia, strutturare procedure in grado di favorire la massima partecipazione genera un incremento dei costi (amministrativi, di predisposizione delle offerte etc.) anche variabili in relazione a una serie di parametri (ad esempio, la complessità del contratto)<sup>333</sup>.

Per tale ragione è logico supporre che un ordinamento razionale voglia prefiggersi l'obiettivo di favorire il grado di partecipazione di volta in volta idoneo a bilanciare costi e benefici, piuttosto che la massima partecipazione possibile<sup>334</sup>.

Trova così spiegazione un sistema che prevede norme come quelle che contemplano gare su invito, con negoziazioni, che prevedono la necessità di cauzioni, albi speciali o altri tipi di deroghe<sup>335</sup>.

---

<sup>331</sup> Per tale definizione si rimanda all'art. 3 lett. sss) del Codice.

<sup>332</sup> Così, P. MILAZZO, ult. op. cit., 474.

<sup>333</sup> Infatti, nonostante astrattamente si ritenga che la gara sia l'unica procedura in grado di far individuare l'offerta migliore e garantire l'imparzialità e la trasparenza, le amministrazioni ricorrono alla stessa solamente nel 25% dei casi mentre ricorrono alla procedura negoziata e all'affidamento diretto rispettivamente nel 46% dei casi e nel 18,7%. Ciò significa che, alla procedura aperta le amministrazioni ricorrono in una percentuale non elevata di casi e solitamente per gli appalti più elevati, mentre appena vi è la possibilità ricorre alle procedure semplificate «con ogni mezzo, motivazione o scusa». Così M. CORRADINO, *L'Italia immobile. Appalti, burocrazia, corruzione e i rimedi per ripartire*, Milano, 2020, 20 ss.

<sup>334</sup> M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, op. cit., 188.

<sup>335</sup> A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, op.cit., 196.

Tornando ad esaminare il decalogo di cui all'art. 59, le procedure ristrette<sup>336</sup> sono, invece, quelle procedure in cui qualsiasi operatore economico è libero di presentare una domanda di partecipazione in risposta ad un avviso di indizione di gara<sup>337</sup>.

La “sequenza” procedimentale in questo caso si articola in due fasi: la prima di prequalificazione (o preselezione) in cui la stazione appaltante riceve le domande di partecipazione, verifica i requisiti dei partecipanti ed eventualmente dispone le eventuali relative esclusioni; la seconda fase corrisponde alla gara vera e propria che si svolge in modo identico alle procedure aperte ma solo fra i soggetti ammessi<sup>338</sup>.

Dunque, la struttura della gara, nelle suddette due ipotesi “generali” è caratterizzata dalla presenza del bando di gara e, nel secondo, dal previo invito indirizzato solo agli interessati. In tali atti sono indicate le caratteristiche del contratto, il tipo di procedura prescelta per l'aggiudicazione, i requisiti richiesti, i termini e le modalità da seguire per la presentazione delle offerte<sup>339</sup>.

Dal punto di vista della scelta, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, della procedura da adottare, il catalogo di cui all'art. 59 (da considerarsi tassativo) non pone le varie procedure sullo stesso piano.

---

<sup>336</sup> L'art. 3 lett. ttt) del Codice definisce le procedure ristrette come quelle procedure di affidamento alle quali ogni operatore può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal Codice.

<sup>337</sup> In particolare, al fine di limitare la discrezionalità nella scelta della rosa dei possibili concorrenti, il legislatore ha introdotto, ormai da tempo, una fase di preselezione: l'amministrazione, infatti, non procede direttamente all'invito ma pubblica un avviso; le imprese interessate in possesso dei requisiti possono far richiesta di partecipare alla procedura; soltanto a questo punto l'amministrazione procede con l'invito.

<sup>338</sup> Secondo parte della dottrina, la storia delle procedure ristrette – e della licitazione privata che ne è il precursore nazionale – può leggersi tenendo in considerazione il tasso di discrezionalità della stazione appaltante nel decidere chi invitare alla gara. Tale tasso è stato via via ridotto fino a configurare la procedura (perlomeno per gli appalti di lavori) in termini di obbligatorietà dell'invito a tutti gli operatori che ne facciano richiesta. Ciò aveva avvicinato tale procedura ad una procedura aperta. La scelta del nuovo Codice è stata quella di recuperare un certo tasso di discrezionalità in capo all'amministrazione. La fase di prequalificazione, infatti, non appare limitata alla mera verifica dei requisiti ma si estende ad una valutazione di tipo qualitativo in ordine agli offerenti che consente di operare una selezione. Così, ancora P. MILAZZO, ult. op. cit., 474.

<sup>339</sup> Le stazioni appalti sono poi libere di richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando (art. 100).

In particolare, la scelta di procedere con una procedura aperta o una procedura ristretta risulta nella piena discrezionalità dell'amministrazione, sia in ordine alla preferenza per l'una o l'altra tipologia (essendo considerate paritetiche)<sup>340</sup>, sia per quanto riguarda la mancata adozione di procedure di altro tipo<sup>341</sup>.

In merito alle altre procedure previste dall'art. 59 (diverse da quelle aperte o ristrette), invece, la scelta dell'amministrazione viene circoscritta al ricorrere di precisi presupposti indicati dal legislatore<sup>342</sup>.

Ciò sta a significare che scegliere una procedura negoziata con o senza pubblicazione del bando, il dialogo competitivo<sup>343</sup> o il partenariato per l'innovazione<sup>344</sup>, implica la verifica – da parte della stazione appaltante – della

---

<sup>340</sup> La regola generale sarebbe quella secondo cui le stazioni appaltanti scelgono tra procedure aperte e ristrette e solo ove sussistano gli specifici requisiti richiesti dal legislatore possono ricorrere alle altre procedure. Si v. E. CASSETTA, ult. op. cit., 615.

<sup>341</sup> In senso contrario L. GENINATTI SATÈ, *Commento all'art. 60*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. PERFETTI, cit., 612, secondo cui la procedura aperta si configura come la procedura ordinaria e maggiormente rispettosa della più ampia partecipazione concorrenziale degli operatori, per cui sussisterebbe un onere motivazionale per l'amministrazione qualora adottasse la procedura ristretta.

<sup>342</sup> Sul punto v. Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3721, secondo cui le procedure aperte o ristrette rispettano di per sé i principi cardine dell'evidenza pubblica (trasparenza, efficienza, buon andamento) al contrario delle altre procedure per le quali è possibile, e non già doveroso, ricorrere ove sussistano tutti i presupposti previsti *ex lege*.

<sup>343</sup> Il dialogo competitivo consente alla stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi e in presenza dei presupposti previsti dall'art. 64, di avviare un dialogo con gli operatori economici al fine di elaborare una o più soluzioni sulla base delle quali gli operatori economici selezionati saranno invitati a presentare le offerte. La SA è tenuta, anche in questo caso, alla pubblicazione di un bando nel quale rende nota l'intenzione di avviare un dialogo competitivo. L'istituto è stato definito come una «procedura bifasica, nella quale a una fase di dialettica tecnica assai ricca e aperta, caratterizzata dalla raccolta ad ampio raggio di idee e suggerimenti circa le necessità della stazione appaltante e le misure per soddisfarle, (...) segue una seconda – maggiormente accostabile alle tradizionali procedure – culminante nell'aggiudicazione dell'appalto». Così R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2005, 299 ss. L'obiettivo che si prefigge l'istituto sarebbe la ricerca di un equilibrio tra il principio della concorrenza, che esige equidistanza delle amministrazioni aggiudicatrici dalle imprese e vincoli procedurali nella fase di evidenza pubblica, e le esigenze di flessibilità ed efficienza complessiva delle amministrazioni stesse. Così L. CARROZZA, F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, in *giustamm.it*, 6, 2005, 1124 ss. Per una puntuale ricostruzione dell'istituto si v., *ex multis*, anche F. SCARAMUZZA, *Dialogo competitivo*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., a cura di M. CLARICH, Torino, 2019, 495; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, op.cit., 805; tra i contributi meno recenti si segnala M. CLARICH, *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, in AA.VV., *Il dialogo competitivo e i possibili riflessi sul Partenariato pubblico-privato*, Roma, 2006, 35 ss.

<sup>344</sup> Tale istituto è una delle principali novità delle direttive del 2014, recepita dal legislatore all'art. 65 del Codice. La procedura si articola in più fasi e per varie negoziazioni e ha l'obiettivo di rendere disponibili per l'amministrazione beni o servizi non ancora presenti sul mercato. I presupposti per il

ricorrenza dei presupposti normativamente previsti e non può avvenire se non al ricorrere degli stessi, cosicché in capo alle amministrazioni residuano scarsi margini di discrezionalità in ordine alla scelta delle stesse.

In particolare, per il partenariato pubblico-privato devono ricorrere i presupposti di cui all'art. 65; per la procedura competitiva con negoziazione e per il dialogo competitivo quelli dello stesso art. 59, comma 2<sup>345</sup> e, infine, per la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando quelli di cui all'art. 63.

Per quanto riguarda la procedura competitiva con negoziazione, data la sua «intima essenza meno concorrenziale»<sup>346</sup>, è ammissibile, come detto, solo nei casi previsti dall'art. 59, comma 2, ed è descritta in maniera dettagliata dall'art. 62 del Codice.

Anzitutto, l'avvio della procedura è rimesso alla pubblicazione di un bando o di un avviso di preinformazione<sup>347</sup>. Nei documenti di gara le amministrazioni aggiudicatrici individuano poi l'oggetto dell'appalto, illustrando le loro

---

ricorso a tale procedura sono due: i) l'esigenza da parte dell'amministrazione di attingere a una sorta di mercato delle "conoscenze" e ii) l'indisponibilità del bene sul mercato. Così F. SCARAMUZZA, *Partenariato per l'innovazione*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., a cura di M. CLARICH, Torino, 2019, 520. Sul tema si richiamano, *ex multis*, C. CHIARIELLO, *Il partenariato per l'innovazione*, in *giustamm.it*, 2, 2016; S. FANTINI, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Urb. app.*, 8-9, 2016, 956.

<sup>345</sup> Tale scelta di collocare i presupposti del dialogo competitivo all'art. 59 insieme a quelli della procedura competitiva con negoziazione è stata criticata dalla dottrina in quanto dà luogo a diverse aporie applicative, laddove non consente di discriminare esattamente tra le due alternative. Così F. SCARAMUZZA, *ult. op. cit.*, 516. I presupposti indicati dal secondo comma dell'art. 59 per entrambe le procedure sono: a) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi in presenza di una o più delle seguenti condizioni: 1. le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte senza adottare soluzioni immediatamente disponibili; 2. implicano progettazione o soluzioni innovative; 3. l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi; 4. le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico ai sensi dei punti da 2 a 5 dell'allegato XIII; b) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi per i quali, in esito a una procedura aperta o ristretta, sono state presentate soltanto offerte irregolari o inammissibili ai sensi rispettivamente dei commi 3 e 4. In tali situazioni, le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a pubblicare un bando di gara se includono nella ulteriore procedura tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli dal 80 al 90 che, nella procedura aperta o ristretta precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto.

<sup>346</sup> S. FANTINI, H. SIMONETTI, *ult. op. cit.*, 84.

<sup>347</sup> Nel caso di utilizzo dell'avviso di preinformazione si applica l'art. 75 del Codice che prevede l'invito diretto a coloro che hanno manifestato interesse, a confermare tale interesse.

esigenze e le caratteristiche richieste per le forniture, i lavori o i servizi da appaltare, specificando i criteri per l'aggiudicazione e definendo i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare<sup>348</sup>. Una volta ricevute le domande di partecipazione, la stazione appaltante valuta le informazioni fornite dai partecipanti ed invita solo alcuni operatori<sup>349</sup> a presentare l'offerta iniziale che costituirà la base per la negoziazione vera e propria<sup>350</sup>.

Altra procedura ancor meno attenta all'apertura concorrenziale è la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara<sup>351</sup>, prevista dall'art. 63 del Codice che corrisponde alla "vecchia" trattativa privata<sup>352</sup> ed è consentita al ricorrere degli (eccezionali) presupposti ivi indicati e da motivare adeguatamente.

La norma in questione distingue le varie ipotesi di ricorso alla procedura in due tipologie: quelle che trovano applicazione comune agli appalti di lavori,

---

<sup>348</sup> Sul punto l'art. 62 al terzo comma precisa che le informazioni fornite in questa sede devono essere sufficientemente precise per permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito dell'appalto, così da decidere se partecipare o meno alla procedura.

<sup>349</sup> In particolare, nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse, le stazioni appaltanti indicano il numero minimo (tre) dei candidati che intendono invitare e, ove lo ritengano opportuno per motivate esigenze di buon andamento, il numero massimo.

<sup>350</sup> È poi prevista anche la possibilità di limitare il numero dei candidati idonei da invitare, attraverso l'esercizio del potere selettivo insito nel c.d. sistema a forcina di cui all'art. 91 del Codice che consente alla stazione appaltante di definire la platea dei candidati in senso riduttivo quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera, della fornitura o del servizio, privilegiando così l'aspetto qualitativo rispetto a quello della massima apertura concorrenziale alla partecipazione. In questo senso P. MILAZZO, ult. op.cit., 481.

<sup>351</sup> Tra i più recenti contributi v. S.R. MASERA, *Procedura negoziata senza pubblicazione del bando e valutazione del requisito dell'assenza di adeguata concorrenza*, in *Urb. App.*, 2020, 4, 535; C. LAMBERTI, *Le procedure negoziate senza bando*, in C. CONTESSA, *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici. Le grandi tematiche del settore degli appalti pubblici nell'analisi giurisprudenziale*, Milano, 2020, 640; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, 1128 ss. Sul previgente regime v. A. UBALDI, *La procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara tra discrezionalità tecnica e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. Cds*, 10, 2013, 2724 ss.

<sup>352</sup> Sul previgente istituto v. G. MORBIDELLI, *La scelta del contraente nella trattativa privata (con particolare riferimento agli enti locali)*, in *Riv. Trim. App.*, 1987, 337; C. CATURANI, *Interesse pubblico e trattativa privata*, in *Riv. Trim. App.*, 1989, 243 ss.; R. PINI, *Trattativa privata e posizioni giuridiche degli offerenti*, in *Dir. Econ.*, 1993, 572; N. FABIANO, *Trattativa privata e appalti pubblici*, Milano, 1997.

forniture e servizi e quelle applicabili solo a lavori e servizi<sup>353</sup> e quelle applicabili solo agli appalti di servizi<sup>354</sup> e solo agli appalti di forniture<sup>355</sup>.

Per quanto riguarda la prima tipologia, l'art. 63 fa riferimento ai seguenti presupposti: a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta appropriata<sup>356</sup> (*recte*: pertinente con l'appalto) né alcuna domanda di partecipazione (appropriata) all'esito dell'esperimento di una procedura aperta o ristretta<sup>357</sup>; b) qualora i lavori, i servizi o le forniture possano essere forniti unicamente da un determinato operatore economico ciò in quanto: 1. lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; 2. La concorrenza è assente per motivi tecnici; 3. La tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale<sup>358</sup>; c) nella misura strettamente necessaria, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili, che non consentono il rispetto dei termini delle procedure aperte, ristrette o delle procedure competitive con negoziazione.

Da quanto emerge dalla lettura dell'art. 63, può dirsi che i casi così descritti dal legislatore sono tutte ipotesi ove la pubblicazione del bando non «*genererebbe maggiore competitività*»<sup>359</sup> o comunque non garantirebbe maggiori vantaggi per la stazione appaltante; per tali ragioni viene quindi legittimato l'utilizzo di una procedura così peculiare e così limitativa della concorrenza.

---

<sup>353</sup> Nel caso di appalti di lavori e servizi, allorché consistano nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale.

<sup>354</sup> Nel caso di appalti di servizi quando il contratto faccia seguito ad un concorso di progettazione.

<sup>355</sup> Nel caso di appalti di forniture quando i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di studio o ricerca, oppure nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario, nei casi di forniture quotate ed acquistate nel mercato delle materie prime od ancora per l'acquisto di forniture particolarmente vantaggiose.

<sup>356</sup> L'art. 63 – al contrario di quanto avveniva nel previgente codice – ha definito il concetto di appropriatezza, stabilendo che: i) un'offerta non è appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è quindi manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice; ii) oppure se l'operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi dell'art. 80 del Codice o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 83.

<sup>357</sup> Si tratta dell'ipotesi della gara “*inutiliter data*”, a seguito della quale la nuova procedura negoziata potrà essere effettuata purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate.

<sup>358</sup> Il Codice precisa poi che le eccezioni previste nei punti 2 e 3 si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto.

<sup>359</sup> Così il Considerando n. 50 della Dir. 2014/24/UE.

Tale procedura, infatti, implica un livello di procedimentalizzazione attenuato, che ruota intorno alla necessità che la stazione appaltante consulti più imprese, al fine di non comprimere almeno una residua quota di confronto concorrenziale<sup>360</sup>. L'art 63, al sesto comma, prevede infatti che le amministrazioni aggiudicatrici procedano – sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche<sup>361</sup> di qualificazione economica e finanziaria, tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione – a selezionare almeno cinque operatori economici (se esiste tale numero di soggetti idonei) e a scegliere così l'operatore economico che ha offerto le migliori condizioni, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Data le peculiarità della procedura il legislatore richiede alle amministrazioni aggiudicatrici di fornire «*adeguata motivazione*», nel primo atto della procedura, delle ragioni che hanno condotto l'amministrazione a procedere in tal senso (art.63, comma 1).

Dunque, le diverse procedure qui brevemente riassunte sono tutte funzionalizzate al soddisfacimento dell'interesse pubblico e ognuna di esse risponde, nelle intenzioni del legislatore, a un preciso obiettivo.

Ciò fa sì che non possano residuare ampi spazi per l'autonomia dell'amministrazione che dovrà limitarsi a stabilire quale delle procedure descritte si adatti meglio alle proprie esigenze (*recte*: alle esigenze del caso concreto).

In particolare, se, da un lato, la stessa sarà libera di poter decidere, esercitando la propria discrezionalità, se optare per una procedura aperta piuttosto che ristretta (essendo, come visto, equipollenti); dall'altro, nel caso in cui vorrà procedere con qualcun'altra delle altre procedure disponibili nel catalogo tassativo stabilito dal legislatore, vedrà la propria discrezionalità

---

<sup>360</sup> Cfr. P. MILAZZO, ult. op.cit., 492.

<sup>361</sup> L'amministrazione è poi tenuta a verificare il possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o competitiva con negoziazione.

limitata *ex ante* da quest'ultimo: in tal caso l'amministrazione non dovrà fare altro che verificare l'eventuale sussistenza dei presupposti stabiliti dal Codice.

Sull'ampiezza del potere di cui dispongono le amministrazioni aggiudicatrici in merito alla scelta della procedura di scelta del contraente, si richiama il considerando n. 42 della direttiva 2014/24/UE, secondo cui: «È indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione. (...) È opportuno che gli Stati membri abbiano la facoltà di ricorrere ad una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo in varie situazioni qualora non risulti che procedure aperte o ristrette senza negoziazione possano portare a risultati di aggiudicazioni di appalti soddisfacenti».

Tale considerando, dunque, definisce come “indispensabile” la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di disporre di maggiore flessibilità nella scelta delle procedure di appalto dal momento che, al variare delle situazioni, le stazioni appaltanti devono essere libere di poter scegliere la procedura in grado di garantire i risultati più efficienti.

In questo quadro, tuttavia, si vanno ad inserire i recenti interventi del legislatore “dell'emergenza” o “della semplificazione” che verranno esaminati nei paragrafi successivi, così da evidenziare come gli interventi posti in essere si siano relazionati alla tutela della concorrenza e all'esercizio del potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici, con particolare riguardo alle procedure di scelta del contraente previamente esaminate.

### *3.1. La garanzia della concorrenza davanti alle nuove riforme e i riflessi sulla discrezionalità: a) le deroghe alle procedure sopra-soglia comunitaria*

Come si è già visto<sup>362</sup>, il legislatore nazionale, per fronteggiare le conseguenze derivanti dall'emergenza Covid-19 scoppiata nel marzo 2020 e

---

<sup>362</sup> Cap. II sez. I par. 2.3.1

tutt'ora in corso, nel corso dell'ultimo anno, è intervenuto più volte sulla materia dei contratti pubblici.

Si ricorda, anzitutto, l'emanazione del “decreto semplificazioni” (d.l. 16 luglio 2020, n. 76 convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120)<sup>363</sup> – avvenuta a distanza di un anno dal decreto “Sblocca cantieri” – che ha introdotto rilevanti modifiche (anche a regime) nella disciplina dei contratti pubblici, *«ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici»*.

Per quanto qui di interesse, ai primi due articoli, al dichiarato fine di *«incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici e a far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19»*, è stato previsto un regime derogatorio per le procedure sotto soglia (art. 1 *“Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia”*) e sopra soglia comunitaria (art. 2 *“Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia”*), applicabile a tutte le procedure in cui la determina a contrarre (o altro atto di avvio del procedimento equivalente) venga adottata entro il 31 luglio 2021 (termine modificato in sede di conversione al 31 dicembre 2021 e ampliato nuovamente dal d.l. 77/2021 al 30 giugno 2023).

A distanza di neanche un anno dal primo decreto (e di neanche nove mesi dalla legge di conversione), il legislatore è poi intervenuto nuovamente sulla materia modificando, ancora una volta, la disciplina con il d.l. n. 77/2021 c.d. decreto “semplificazioni-governance”<sup>364</sup> (convertito nella l. n. 108 del 29 luglio 2021).

---

<sup>363</sup> Per una puntuale analisi delle modifiche avvenute in sede di conversione si v. V. SORDI, *Le principali modifiche e integrazioni recate, in sede di conversione, al d.l. “Semplificazione”*, op. cit.

<sup>364</sup> Come visto nel capitolo II, tale decreto fa parte del piano di riforma da sviluppare in forza del PNRR ove è stata prospettata la necessità di una riforma da realizzare in due fasi: una prima – da raggiungere nel breve periodo – tramite l'emanazione di “misure urgenti” da adottare con decreto-legge da approvare entro maggio 2021 (d.l. semplificazioni-governance, adottato il 31 maggio 2021); in secondo luogo, è

Tra le modifiche apportate, si ricorda, anzitutto, la proroga di alcuni dei termini previsti per l'applicazione delle riforme "temporanee" (ad es. la disciplina derogatoria del sottosoglia, ulteriormente modificata dal decreto, troverà applicazione fino al 30 giugno 2023, oppure ancora le deroghe al subappalto potranno applicarsi fino al 31 ottobre 2021); il decreto ha poi inciso (nuovamente) sul regime del sottosoglia, su quello del subappalto; ha creato un canale procedurale semplificato per determinate opere (considerate prioritarie e indicate negli allegati al decreto); è intervenuto sulla disciplina dell'inhouse<sup>365</sup>, ha modificato la struttura della *governance*, articolandola su più livelli<sup>366</sup>.

Per quanto qui di interesse, occorre soffermarsi sulle modifiche compiute alla disciplina del "sopra-soglia" e del "sotto-soglia".

La prima è stata modificata dall'art. 2 d.l. semplificazioni (d.l. 76/2020)<sup>367</sup>.

Il secondo comma di tale articolo ha disposto che, salvo quanto previsto dal comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo pari o superiore alle

---

stata prospettata l'introduzione di "misure a regime" da varare utilizzando lo strumento della legge delega. In merito a queste ultime, è stata precisata la necessità di presentare il disegno di legge delega entro il 31 dicembre 2021 prevedendo poi l'emanazione di decreti legislativi da adottare entro nove mesi dall'entrata in vigore della legge delega.

<sup>365</sup> Per una ricostruzione delle principali modifiche intervenute sia consentito il rinvio a A. COIANTE, S. TRANQUILLI, *Bullet points del D.l. "semplificazioni" n. 77/2021*, op.cit.; Id., *Semplificare per resistere*, op.cit.

<sup>366</sup> Ciascun Ministero dovrà individuare al proprio interno fino alla fine del 2026 una unità organizzativa interna a livello di direzione generale incaricata del coordinamento, il monitoraggio e la rendicontazione e controllo dell'attività di competenza relative piano. Il PNRR affida il coordinamento centrale per il monitoraggio ed il controllo sull'attuazione del Piano al Ministero dell'economia e delle finanze che, tramite un'apposita struttura organizzativa, costituisce anche il punto di contatto con la Commissione europea. Il d.l. prevede quindi l'istituzione del Servizio centrale per il PNRR presso la Ragioneria generale dello Stato (art. 6). Il loro ruolo è di monitorare attivamente l'andamento degli investimenti e, seguendo le procedure fissate dallo stesso d.l., proporre interventi di tipo normativo o amministrativo in grado di rimuovere eventuali ostacoli alla loro attuazione. Lo stesso Piano affida invece i compiti di monitoraggio, di rafforzamento della cooperazione sociale e territoriale, proposta sull'attivazione dei poteri sostitutivi in caso di inadempimento da parte degli enti locali e proporre modifiche normative per l'implementazione delle misure, ad una nuova Cabina di Regia istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Per approfondimenti sulla "nuova" struttura di governance, sia consentito il rinvio a A. COIANTE, S. TRANQUILLI, *Semplificare per resistere*, op. cit.

<sup>367</sup> Per approfondimenti su tale intervento di riforma e sulle modifiche alla disciplina intervenute durante l'emergenza sanitaria v. per tutti R. DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici dell'emergenza sanitaria*, Torino, 2021.

soglie di cui all'articolo 35 c.c.p.<sup>368</sup>, mediante procedura aperta, ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, mediante la procedura competitiva con negoziazione di cui agli artt. 61 e 62 del c.c.p. (e di cui agli articoli 123 e 124, per i settori speciali) con i termini ridotti di cui all'articolo 8, comma 1, lettera c) del medesimo decreto<sup>369</sup>.

Al terzo comma è stata poi stabilita la possibilità di applicare la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, di cui all'art. 63 c.c.p. nella misura strettamente necessaria quando, per “*ragioni di estrema urgenza*” derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività, determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati.

La *ratio* di tale previsione, tuttavia, non appare di facile comprensione.

Come visto, infatti, il comma 2, lett. c) dell'art. 63 c.c.p. prevede, tra i casi in cui è consentito l'utilizzo della procedura negoziata senza bando, l'ipotesi della sussistenza di *ragioni di estrema urgenza* derivanti da *eventi imprevedibili* dall'amministrazione aggiudicatrice.

---

<sup>368</sup> Le attuali soglie comunitarie, modificate da ultimo dai Regolamenti (UE) 2019/1827, 1828, 1829, 1830, sono in vigore dal 1 gennaio 2020 e sono così individuate: nei settori ordinari, per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni la soglia di rilevanza europea è di euro 5.350.000. Per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali è invece di euro 139.000. Per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa la soglia è di euro 214.000 mentre è di euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali. Nei settori speciali, le soglie di rilevanza comunitaria sono di: euro 5.350.000 per gli appalti di lavori; di euro 428.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione; e di euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali.

<sup>369</sup> Nonostante il comma 2 confermi, quale regola generale, che le procedure da adottare per l'affidamento dei contratti sopra soglia sono quelle ordinarie (procedura aperta o ristretta, a scelta della stazione appaltante, ovvero la procedura competitiva con negoziazione), tuttavia, la norma richiama le disposizioni degli articoli 61, 62 e 123, 124 del Codice, come riferite a tale ultima procedura di aggiudicazione, ma a ben vedere, l'art. 61 riguarda la procedura ristretta, l'art. 123 attiene genericamente alle procedure di aggiudicazione nei settori speciali, mentre l'art. 124 attiene alla procedura negoziata con previa indicazione di gara. Tali richiami normativi potrebbero quindi determinare difficoltà interpretative ed applicative della norma che, così formulata, non appare di agevole comprensione. In questo senso la segnalazione dell'ANAC al Parlamento consultabile al seguente link: <https://www.anticorruzione.it/-/decreto-semplificazioni>.

Come evidenziato anche dall'ANAC<sup>370</sup> le stazioni appaltanti dispongono già ordinariamente delle previsioni del Codice che, per ragioni d'urgenza, consentono l'accelerazione e la semplificazione dello svolgimento delle procedure di gara.

La suddetta disposizione “emergenziale” collega poi l'estrema urgenza agli effetti negativi derivanti dall'emergenza sanitaria in corso o dal periodo di sospensione delle attività economiche derivanti dalla stessa, quale ragione che giustifica di per sé il ricorso alla procedura negoziata senza bando.

Un simile disposto, anche a detta dell'Autorità, lasciando un ambito di discrezionalità molto significativo in capo alle stazioni appaltanti sui casi in cui possono ritenersi sussistenti i predetti caratteri dell'estrema urgenza, si presta a margini interpretativi piuttosto ampi: la generica correlazione dell'estrema urgenza agli effetti della pandemia in corso, infatti, potrebbe avere come conseguenza diretta quella di consentire un ricorso molto diffuso alla procedura negoziata senza bando, rendendo così “regola” uno strumento “eccezionale”.

Così formulata la disposizione rischia poi di presentare dei profili di criticità e di non coerenza anche con gli indirizzi forniti dalla Commissione europea in relazione all'emergenza sanitaria in corso.

Nella Comunicazione 2020/C 108 I/01<sup>371</sup> la Commissione, in relazione alla possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza bando<sup>372</sup>, ha evidenziato che *«poiché le amministrazioni aggiudicatrici derogano in questo caso al principio fondamentale della trasparenza sancito dal trattato, la Corte di giustizia esige che il ricorso a questa procedura rimanga eccezionale»*<sup>373</sup>.

Una procedura negoziata senza previa pubblicazione consente, infatti, alle amministrazioni aggiudicatrici di negoziare direttamente con i potenziali

---

<sup>370</sup> Per approfondimenti sia consentito il rinvio a A. COIANTE, *Il decreto semplificazioni e le osservazioni dell'ANAC*, in *lamministrativista.it.*, 10 agosto 2020. Le osservazioni dell'ANAC in formato integrale sono invece consultabili al seguente link: <https://www.anticorruzione.it/-/decreto-semplificazioni>.

<sup>371</sup> “*Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19*”, consultabile al seguente link: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN)

<sup>372</sup> Par. 2.3.

<sup>373</sup> Così anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia v. le cause C275/08, Commissione/Germania e C352-12, Consiglio Nazionale degli ingegneri.

contraenti, per tale ragione, l'aggiudicazione diretta a un operatore economico preselezionato deve rimanere l'eccezione e deve risultare applicabile solo se un'impresa è in grado di fornire i risultati richiesti nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza.

Vieppiù che, come detto, il ricorso alla procedura negoziata senza bando per ragioni di urgenza è già contemplato nell'art. 63, comma 2, lett. c) c.c.p.

Pertanto, come evidenziato anche dall'ANAC, sarebbe stato sufficiente, fare rinvio alle previsioni già presenti nel Codice senza operare una deroga ad una norma già chiara, come quella dell'art. 63, che nella sostanza consente alle stazioni appaltanti di ricorrere alla procedura negoziata in tutti i casi in cui possono ritenersi sussistenti ragioni di estrema urgenza non imputabili alle stazioni appaltanti.

L'applicazione di una norma che consente un così ampio ricorso a una procedura così derogatoria del principio della massima partecipazione e della concorrenza, deve in ogni caso restare limitata nel tempo, anche per non incorrere in procedure di infrazione comunitaria.

Tornando ad analizzare le modifiche compiute dal d.l. semplificazioni alle procedure sopra soglia, il quarto comma dell'art. 2 dispone, inoltre, che nei casi di cui al terzo comma (*recte*: in caso di applicazione della procedura di cui all'art. 63 c.c.p.) e “*nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria, delle infrastrutture per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017 – 2021 e relativi aggiornamenti, nonché gli interventi funzionali alla realizzazione della transizione energetica*”, per quanto non espressamente disciplinato dallo stesso art. 2, le stazioni appaltanti, per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti, operano: i) in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale; ii) fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto

legislativo 6 settembre 2011, n. 159; *iii*) nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30 (principi generali per l'affidamento e l'esecuzione), 34 (principi in materia di sostenibilità energetica e ambientale) e 42 (in materia di conflitto di interesse) del c.c.p. e delle disposizioni in materia di subappalto.

Tale previsione desta non poche perplessità in particolar modo nella parte in cui viene prevista la deroga “*ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale*”. La legittimità di tale regime derogatorio dovrebbe essere garantita dall'indicazione (anch'essa di non facile interpretazione) del rispetto dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE e dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 c.c.p. e delle disposizioni in materia di subappalto.

Viene poi stabilito che, salva l'ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di sei mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento<sup>374</sup>.

La disciplina delle procedure sopra soglia risultante dal decreto semplificazioni è quindi caratterizzata: i) da una possibile diminuzione dei termini procedimentali; ii) dalla possibilità di applicare la procedura negoziata senza bando ogni qualvolta ricorrano ragioni di estrema urgenza derivanti da non chiari “*effetti negativi della crisi causata dalla pandemia*” iii) da deroghe generali “*ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale*” che non rendono di certo chiara la disciplina applicabile.

### 3.1.2. segue: b) le deroghe alle procedure sotto-soglia

---

<sup>374</sup> Sul punto viene poi specificato che il mancato rispetto dei termini, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che opera di diritto e viene dichiarata dalla stazione appaltante.

Per quanto riguarda, invece, la disciplina delle procedure applicabili ai contratti pubblici di valore inferiore alle soglie comunitarie, essa è stata modificata tre volte: con il d.l. 76/2020, con la legge di conversione e, successivamente con il d.l. 77/2021.

In particolare, l'art 51 del d.l. 77/2021 è intervenuto a modificare la disciplina già "emendata" dal d.l. semplificazioni.

Anzitutto, viene ulteriormente prorogato il termine di durata delle deroghe per l'affidamento dei contratti sottosoglia durante il periodo emergenziale (stabilite dall'art. 1 del d.l. n. 76/2020) al 30 giugno 2023<sup>375</sup>.

La novella interviene poi sul comma 2 del medesimo art. 1 del d.l. n. 76 confermando a 150.000 euro la già vigente soglia per l'affidamento diretto dei lavori ed elevando a 139.000 euro il limite per l'affidamento diretto delle forniture e servizi (ivi inclusi servizi di ingegneria e architettura), anche senza consultazione di più operatori economici, nel rispetto dei principi di efficacia, efficienza ed economicità di cui all'art. 30 del Codice dei contratti<sup>376</sup>.

Si modificano dunque ulteriormente le soglie più volte rimaneggiate con il precedente intervento normativo: in origine, infatti, il d.l. n. 76 aveva previsto l'affidamento diretto sia per i lavori che per i servizi e le forniture sino a 150.000 euro; in sede di conversione era stata invece introdotta una distinzione diminuendo la soglia per i servizi e le forniture (inclusi i servizi di ingegneria e architettura) a 75.000 euro e lasciando invariata solo per i lavori quella dei 150.000 euro.

Con questo nuovo intervento, dunque, pur restando ferma la distinzione disposta in sede di conversione tra affidamenti di lavori servizi e forniture,

---

<sup>375</sup> Il termine del d.l. n.76/2020 era stato indicato al 31 luglio 2021, poi modificato in sede di conversione al 31 dicembre 2021 e ora slittato al giugno 2023.

<sup>376</sup> In sede di conversione la l. 180/2021 ha modificato tale comma prevedendo che «*tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermi restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 , e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione*».

viene nuovamente aumentata la soglia per i servizi e le forniture sino a 139.000 euro.

Oltre all'affidamento diretto sono state modificate (anche qui per la terza volta) le previsioni in materia di procedura negoziata.

Per i lavori oltre 150.000 euro e fino a un milione di euro viene prevista la procedura negoziata senza pubblicazione del bando, previa "consultazione" di cinque operatori, questi ultimi richiesti anche per le forniture e i servizi (ivi inclusi servizi di ingegneria ed architettura) da 139.000 euro fino alle soglie comunitarie; invece, per i lavori di importo pari o superiore ad un milione di euro e fino alla soglia comunitaria, l'invito deve coinvolgere almeno dieci operatori.

Parimenti a quanto avvenuto per la disciplina dell'affidamento diretto, anche con riferimento a tali procedure il legislatore ha più volte cambiato "le carte in tavola".

Il d.l. n. 76 aveva in origine stabilito una "tripartizione" che vedeva, per i lavori di importo fino ai 350.000 euro, la consultazione di almeno 5 operatori, per i lavori fino al milione di euro, la consultazione di 10 operatori e per i lavori di importo superiore al milione e, sino alle soglie, la consultazione di 15 operatori.

In sede di conversione è stata operata unicamente una "bipartizione": da un lato, per gli importi pari o superiore a 350.000 euro sino al milione di euro, è stata prevista la necessità di interpellare almeno 10 operatori mentre per la soglia successiva (da un milione sino alle soglie) 15 operatori.

Il nuovo d.l. ripropone lo schema della "bipartizione", ma innalza le fasce degli importi e riduce gli operatori da interpellare, che divengono unicamente 5 per gli importi sino a un milione di euro e 10 sino alla soglia comunitaria, che, si ricorda, a titolo esemplificativo, per gli appalti di lavori nei settori ordinari, corrisponde a 5.350.000 euro.

*3.1.3. segue: La concorrenza e la discrezionalità davanti all'emergenza Covid-19. Uno sguardo d'insieme*

Dalla disamina appena compiuta di parte degli interventi riformatori dell'ultimo anno, traspare una prima tendenza: la concorrenza, la massimizzazione della partecipazione degli operatori economici alle procedure, la preferenza per procedure aperte, trasparenti e con più operatori rallentano l'affidamento dei contratti pubblici. Da qui la preferenza per affidamenti diretti e procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara.

Si prenda in considerazione l'affidamento diretto<sup>377</sup>.

L'art. 36 del Codice dei contratti, per il sottosoglia, ne prevede(va) la possibilità per gli importi inferiori a 40.000 euro e per gli importi oltre i 40.000 euro sino ai 150.000 euro indicava la necessità di consultare almeno tre operatori per i lavori, e cinque operatori per i servizi e le forniture.

Il d.l. n. 76/2020 ha modificato quanto stabilito dall'art. 36 del Codice, prevedendo l'affidamento diretto per lavori e forniture sino a 150.000 euro

---

<sup>377</sup> L'affidamento diretto è un istituto previsto in casi speciali e solitamente per commesse di valore non elevato, che permette l'attribuzione dell'appalto ad un determinato operatore economico senza alcuna competizione. Secondo le linee guida Anac sul tema (n.4) - ancora vigenti non essendo stato ancora emanato il Regolamento Unico previsto dall'art. 216, comma 29<sup>octies</sup> del Codice dei contratti, inserito dal decreto "Sblocca cantieri" - la procedura prende avvio con la determina a contrarre ovvero con atto a essa equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante. In applicazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, la determina a contrarre ovvero l'atto a essa equivalente contiene, almeno, l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere, dei beni, dei servizi che si intendono acquistare, l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile, la procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte nonché le principali condizioni contrattuali. Vi è poi la possibilità, stabilita dall'art. 32 del Codice, di procedere tramite determina a contrarre o atto equivalente in modo semplificato. Il Consiglio di Stato si è recentemente pronunciato sulla natura dell'affidamento diretto così come modificato dagli ultimi interventi legislativi, evidenziando che La vigente normativa disciplina l'affidamento diretto sottosoglia con modalità ulteriormente semplificate rispetto a quelle disciplinate in via ordinaria dal Codice dei contratti, in ragione dell'emergenza sanitaria in atto. In forza dell'attuale normativa l'Amministrazione è quindi libera di individuare il prodotto più rispondente alle proprie esigenze, con libertà di forme e la mera proceduralizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (proceduralizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3287 par. 7 della decisione.

(quindi non solo alzando le soglie, ma anche non prevedendo la necessità di consultare alcun operatore economico)<sup>378</sup>.

In sede di conversione, come visto, tali soglie sono state distinte a seconda che si tratti di servizi e forniture (75.000 euro) o lavori (sino a 150.000 euro): è stato quindi lasciato invariato il limite dei 150.000 euro per i lavori, ma abbassata la soglia per le forniture a 75.000 e, in ogni caso, non è comunque stata prevista la consultazione di alcun operatore.

Con il decreto semplificazioni-governance il legislatore è tornato nuovamente sui suoi passi, stavolta aumentando nuovamente la soglia delle forniture (abbassata a 75.000 euro neanche nove mesi prima) sino a 139.000 euro, lasciando però invariata quella dei 150.000 euro per i lavori.

Il filo conduttore che lega tali interventi (oltre a quello decantato dal legislatore della semplificazione) è chiaramente quello di ritenere la procedura selettiva come un fattore che rallenta gli affidamenti.

Da qui il *favor* per l'affidamento diretto fino a soglie sempre più elevate, e per la riduzione del numero degli operatori economici da interpellare per le procedure negoziate.

Esemplificative in tale ultimo senso sono le modifiche intervenute per gli affidamenti di importo pari al milione di euro e sino agli importi di rilievo comunitario (che, ad esempio, per gli appalti di lavori superano la soglia dei cinque milioni).

L'art 36 del Codice in questo caso prevedeva, originariamente, la necessità di esperire la procedura aperta *ex art.* 60 del Codice.

Il d.l. n. 76/2020 aveva sostituito tale possibilità con la procedura negoziata *ex art.* 63 del Codice, previa consultazione di quindici operatori economici.

Tale scelta è stata confermata in sede di conversione, ma modificata con il d.l. semplificazioni-governance, ove viene sì confermata la procedura

---

<sup>378</sup> In particolare, si precisa che l'art. 36, comma 2, lett. a) era già stato modificato dal d.l. Sblocca cantieri che aveva eliminato il riferimento alla consultazione "di due o più operatori economici". Tuttavia, le linee guida Anac sul tema raccomandano quale "*best practice*" il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici.

negoziata, ma modificato il numero degli operatori da consultare che passa da 15 a 10.

Dunque, viene resa “ordinaria” una procedura considerata come “straordinaria” dall’impianto originario del Codice e dalla normativa UE.

Vieppiù che tale procedura, caratterizzata, come visto, da una naturale antitetività al confronto concorrenziale e alla garanzia della massima partecipazione (aspetto ancor più accentuato dalla continua riduzione del numero degli operatori da consultare) va a sostituirsi alla procedura aperta considerata – come visto nel paragrafo precedente – come la procedura che garantisce per eccellenza il confronto competitivo e i principi di imparzialità e trasparenza.

Se l’intento del legislatore della semplificazione era quello di velocizzare l’affidamento e l’esecuzione dei contratti pubblici, appare quindi chiaro che quest’ultimo, ancora una volta, abbia ritenuto la concorrenza, la massimizzazione della partecipazione degli operatori economici, la preferenza per le procedure aperte e trasparenti come fattori che rallentano gli appalti pubblici.

Ma è davvero l’apertura al confronto competitivo tra le imprese che non permette la celere realizzazione delle opere e che rende tale mercato inefficiente?

Si pensi, ad esempio, alle opere pubbliche.

Negli ultimi decenni, la politica prima e il legislatore dopo, sono intervenuti “con urgenza” a causa di un non meglio precisato “blocco degli appalti”<sup>379</sup>

---

<sup>379</sup> Parte della dottrina ha precisato che nel concetto di “appalti bloccati” rientrano fattispecie eterogenee: gli appalti solo “promessi” e mai banditi, gli appalti banditi e non aggiudicati, quelli sospesi dal g.a., quelli aggiudicati ma non eseguiti, quelli eseguiti ma incompiuti nella loro realizzazione. In realtà, se si esclude il periodo immediatamente successivo al lockdown imposto dalla pandemia da Covid-19 gli appalti non sembrano affatto “bloccati”. Dalla relazione ANAC del 2019 emerge infatti che il valore complessivo degli appalti, rispetto all’anno precedente è cresciuto di circa il 23% passando da 139 a 170 miliardi di euro. Tale crescita ha confermato la tendenza registrata anche l’anno precedente quando gli appalti erano aumentati del 5,3 rispetto al 2017. Rispetto al 2016 (c.d. *annus horribilis* dei contratti pubblici) gli appalti sono aumentati del 69%. In quell’anno infatti era entrato in vigore il nuovo Codice dei contratti pubblici che aveva cambiato la gran parte delle regole a cui funzionari e operatori erano abituati da più di un decennio, senza prevedere un periodo intermedio per consentirne una “metabolizzazione”. Il successivo disorientamento si è tradotto immediatamente nel crollo del volume degli appalti. Posti questi dati, il blocco degli appalti, dunque, appare quindi più un pretesto o un alibi

sempre e solo in modo massiccio sulla fase di aggiudicazione delle gare, riducendo spesso lo spazio delle stesse<sup>380</sup>.

Ma è davvero qui che risiede il problema del mercato degli appalti?

In media nel nostro Paese la realizzazione di un'opera pubblica dura circa 4,4 anni. La fase di progettazione dell'opera è (in media) la fase più lunga e da sola rappresenta più della metà della durata complessiva media (2,5 anni). In media, invece, si impiegano 0,6 anni per la fase di affidamento dei lavori e 1,3 per la loro esecuzione. Sui tempi di realizzazione incidono, tuttavia, i c.d. "tempi di attraversamento" ossia i tempi intercorrenti tra la fine di una fase procedurale e l'inizio di quella successiva oppure addirittura tra le sottofasi (es. tra la progettazione preliminare e quella definitiva), che equivarrebbero in media circa al 54% della durata complessiva della realizzazione di un'opera, valore che sale al 60% se si prende in considerazione la sola fase della progettazione<sup>381</sup>.

L'allungamento di questi tempi sarebbe dovuto in gran parte a "inefficienze amministrative" quali, ad esempio, lungaggini burocratiche e incertezze negli iter autorizzativi.

Dunque, la fase più "lenta" non risulta essere di certo quella dell'aggiudicazione.

Secondo un altro studio<sup>382</sup> (sui progetti d'investimento delle opere pubbliche attivi in Italia dal 2012 al 2019), per portare a compimento le opere pubbliche, sono richiesti in media dai 1088 giorni nelle regioni più virtuose ai 1320 giorni nelle altre. Questo tempo deve essere poi suddiviso nelle diverse fasi del procedimento. Viene, infatti, impiegato un anno per la fase politico-

---

per legittimare un abbassamento del livello delle regole o dei livelli di trasparenza. In questi termini M. CORRADINO, ult. op. cit., 15.

<sup>380</sup> Cfr. ancora M. CORRADINO, ult. op. cit., 22.

<sup>381</sup> Dati ricavati dal paper della Banca D'Italia "Questioni di Economia e finanza. Capitale e investimenti pubblici in Italia: effetti macroeconomici, misurazione e debolezze regolamentari", 19 ottobre 2019 n. 520, su cui si v. A. PAJNO, nel webinar ripresa economica e riforma dei contratti pubblici: quali problemi per quali soluzioni?, 4 maggio 2020, Per una più approfondita analisi su tali considerazioni si v. il rinvio A. COIANTE, *Decreto semplificazioni: contratti pubblici, concorrenza e tutela*, op. cit..

<sup>382</sup> "Investimenti pubblici e burocrazia: cause, costi sociali e proposte. Report finale", Università Tor Vergata, Fondazione Promo P.A. in collaborazione con Ance, gennaio 2020.

amministrativa della programmazione e delle scelte operative; trascorrono poi una media di 245 giorni tra la decisione di avviare un progetto di intervento e l'avvio della progettazione. Per tale fase servono poi circa 372 giorni. La fase del procedimento di aggiudicazione dura mediamente 267 giorni (110 giorni circa per le fasi della preparazione e pubblicazione della gara e 89 circa dall'aggiudicazione fino alla stipula del contratto). La fase dell'esecuzione varia, invece, a seconda dell'entità dell'opera e va dai 210 giorni per le opere più semplici fino a 837 circa per le gare che vanno tra i 15 e i 50 milioni di euro.

Dunque, almeno per quanto riguarda le opere pubbliche, la fase “meno efficiente” non è quella della gara ma lo sono le fasi antecedenti della programmazione e della progettazione ma anche nell'esecuzione<sup>383</sup>.

Sulla base di tali considerazioni, continuare ad agire principalmente sulla fase di affidamento, diminuendo la partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara e prevedendo non chiari regimi derogatori, porterà davvero a una velocizzazione del procedimento di realizzazione delle opere pubbliche?

Tali scelte sembrerebbero fondate sull'erronea convinzione che sia la tutela della concorrenza la causa delle inefficienze del mercato dei contratti pubblici, come se la garanzia della più ampia partecipazione al mercato sia un interesse unicamente degli operatori privati, come se sia un “lusso” di cui in periodi di crisi (anche economica) si può fare a meno, dimenticando forse che la stessa sia anche (se non principalmente) l'interesse pubblico della (buona) amministrazione ad ottenere le migliori prestazioni, i migliori servizi a prezzi adeguati<sup>384</sup>.

Le modifiche intervenute (sia nelle procedure sopra soglia che in quelle sotto soglia comunitaria) presentano poi, come visto, alcune criticità anche per

---

<sup>383</sup> Cfr. M. CORRADINO, ult. op. cit., 25.

<sup>384</sup> Di tale avviso anche G. OLIVIERI, *Semplificazione e tutela della concorrenza: valori a confronto*, relazione nel webinar *Contratti pubblici e decreto semplificazione*, presieduto e coordinato da G. SEVERINI, 20 luglio 2020. Sulle recenti derive “patologiche” della tutela della concorrenza v. F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più*, Rubettino, 2020.

quanto riguarda l'esercizio della discrezionalità amministrativa nella scelta delle procedure di scelta del contraente.

Si è visto, infatti, che nella scelta delle procedure le stazioni appaltanti sono libere di prediligere indifferentemente la procedura aperta o quella ristretta (essendo le stesse equipollenti), mentre, nel caso delle “altre” procedure previste dall'art. 59 (tra cui in particolare quella della negoziazione senza previa pubblicazione del bando di gara), il potere di scelta delle amministrazioni aggiudicatrici viene limitato dal ricorrere dei requisiti previsti *ex lege*.

Nei dd.ll. esaminati, tali margini di scelta sono stati modificati attraverso l'inserimento di previsioni non sempre chiare.

Proprio la scelta della procedura negoziata, ad esempio, è stata subordinata – nella disciplina del sopra soglia – al ricorrere di situazioni di “estrema urgenza”.

La vaghezza di tale inciso, si è detto, lasciando un ambito di discrezionalità molto significativo in capo alle stazioni appaltanti sui casi in cui possono ritenersi sussistenti i predetti caratteri dell'estrema urgenza, si presta a margini interpretativi piuttosto ampi: la generica correlazione dell'estrema urgenza agli effetti della pandemia in corso, infatti, potrebbe avere come conseguenza diretta quella di consentire un ricorso molto diffuso alla procedura negoziata senza bando, rendendo così “regola” uno strumento “eccezionale”.

Sempre per quanto riguarda la procedura negoziata senza bando, per gli importi da un milione sino alle soglie comunitarie (dunque nel sotto-soglia), come detto, essa è stata inserita in sostituzione della procedura aperta, prevista, invece, originariamente dal Codice.

Dunque, le possibilità di esercizio del potere discrezionale da parte delle stazioni appaltanti nella scelta di quale procedura attuare risultano molto diverse rispetto alla disciplina pre-riforma.

Il *favor* per la procedura aperta è infatti stato sostituito da quello per la procedura negoziata e nel sotto-soglia le stazioni appaltanti non sono più libere, per gli importi richiamati, di scegliere di procedere con la prima; nella disciplina del sopra soglia, nella scelta della procedura negoziata, le stesse

potrebbero, invece, andare incontro ad un uso illegittimo della loro discrezionalità, data la vaghezza dei presupposti richiesti.

Dunque, perché andare ad incidere sulle possibilità di scelta delle stazioni appaltanti quando queste ultime già disponevano di tutti gli strumenti necessari per far fronte anche agli eventi straordinari (quali quelli emergenziali ancora in corso)?

Considerati i riflessi sulla concorrenza e sulla discrezionalità ad essa strettamente correlati, sarà davvero questa “semplificazione” ad assicurare ai contratti pubblici il loro ruolo di “volano del rilancio”?<sup>385</sup>

#### *4. La scelta dei criteri di aggiudicazione. Il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità della stazione appaltante*

Tra le scelte di natura discrezionale<sup>386</sup> che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a compiere nel delineare l’accesso al “micro-mercato” rientra, come visto, quella di stabilire sulla base di quali criteri verrà individuata l’offerta aggiudicataria (cc.dd. criteri di aggiudicazione)<sup>387</sup>.

Tradizionalmente, i criteri di aggiudicazione, noti al diritto interno e anche al diritto UE, sono quelli del prezzo più basso (detto anche del massimo ribasso) e dell’offerta economicamente più vantaggiosa (di seguito anche solo OEPV).

La principale differenza tra i due criteri – considerati sin dagli anni ’90 come alternativi tra di loro – risiede principalmente nel grado di discrezionalità di cui dispone l’amministrazione al momento della comparazione delle offerte: se, da

---

<sup>385</sup> Definiti come “volano del rilancio” nel Rapporto che, a giugno 2020, il Comitato di esperti in materia economica e sociale ha presentato al Presidente del Consiglio dei ministri, dal titolo “*Iniziative per il rilancio Italia 2020 2022*” contenente una serie di obiettivi e di iniziative per il rilancio “post crisi Covid-19”. Per approfondimenti su tale rapporto sia consentito il rinvio a A. COIANTE, *Il futuro del Codice dei contratti pubblici*, op.cit.

<sup>386</sup> Sulla natura discrezionale di tale scelta v. *ex multis*, F. CARDARELLI, *Criteri di aggiudicazione, in Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, 531 ss.; L. GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urb. app.*, 1, 2017, 24 ss.

<sup>387</sup> Tali criteri vanno tenuti distinti dai criteri di scelta del contraente in quanto questi ultimi attengono alle modalità di selezione del contraente mentre i primi alle modalità di selezione delle offerte presentate dai concorrenti selezionati in base ai criteri di scelta del contraente. Così R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, ult. op. cit., 1184.

un lato, infatti, il criterio del minor prezzo comporta l'aggiudicazione, in via automatica, all'offerta più conveniente esclusivamente sotto il profilo economico, dall'altro, il criterio dell'OEPV, permette, invece, una valutazione comparativa delle offerte guardando anche ad altri profili oltre a quello economico<sup>388</sup>.

Proprio a causa della possibilità per l'amministrazione di compiere scelte discrezionali in merito agli aspetti qualitativi dell'offerta, il criterio dell'OEPV ha scontato, nel corso degli anni, una tendenziale diffidenza del legislatore nazionale fondata sull'assunto che concedere all'amministrazione tale discrezionalità e non rimettere, invece, la scelta dell'aggiudicatario a scelte meccaniche e vincolanti, avrebbe favorito il verificarsi di pratiche corruttive.

La legge Merloni, proprio in funzione anticorruttiva, aveva previsto come regola l'utilizzo del prezzo più basso e come eccezione quello dell'OEPV<sup>389</sup>: nello specifico il criterio del prezzo più basso era stato individuato come l'unico criterio applicabile al pubblico incanto (procedura aperta) e alla licitazione privata; mentre l'OEPV era stata relegata ad ipotesi residuali e tassative<sup>390</sup>.

Tuttavia, l'assunto a fondamento di tali scelte (che vedeva il criterio dell'OEPV quale fonte di maggiori abusi), come noto, si è dimostrato fallace dal momento che il malaffare ha albergato anche in gare al massimo ribasso<sup>391</sup>.

---

<sup>388</sup> Dall'attuale disciplina, delineata dall'art. 95 del Codice dei contratti, si evince che le amministrazioni aggiudicatrici sono titolari di un certo margine di discrezionalità sia nella scelta dei criteri oggetto di valutazione, sia nella determinazione della misura della loro "importanza", spettando ad esse stabilire i criteri e/o sub-criteri per la valutazione comparativa delle offerte, così come i relativi punteggi o sub-punteggi, entro il limite della proporzionalità e ragionevolezza rispetto all'oggetto dell'appalto. Così F. CARDARELLI, ult.op.cit., 561.

<sup>389</sup> Sull'argomento v. R. DE NICTOLIS, *Sistemi di scelta del contraente, criteri di aggiudicazione e offerte anomale nella «Merloni -ter»*, in *Urb. app.*, 1999, 1, 5 ss.; C. E. GALLO, *Commento all'art. 21, in Legge quadro sui lavori pubblici (Merloniquater)*, a cura di V. ITALIA, Milano, 2003, 530 ss.; R. IANNOTTA, *Commento all'art. 21, l. Merloni, in Commento alla legge quadro sui lavori pubblici fino alla MerloniTer*, a cura di L. GIAMPAOLINO, M. A. SANDULLI, G. STANCANELLI, Milano, 1999, 337 ss.

<sup>390</sup> In particolare, era stata prevista per l'appalto concorso e l'affidamento di concessioni mediante licitazione privata.

<sup>391</sup> L. GILI, ult. op.cit., 27. Secondo l'A. sarebbe stato poi concettualmente sbagliato ritenere che nelle procedure al prezzo più basso non vi fossero spazi per la discrezionalità amministrativa dal momento che anche in queste gare rimaneva, ad esempio, la discrezionalità dell'amministrazione di determinare gli elementi essenziali della prestazione richiesta e di specificare i requisiti di partecipazione. Sul punto si veda anche R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, op.cit., che in riferimento al "destino" del criterio del prezzo più basso ha osservato come lo stesso nel corso del tempo sia stato prima "santificato" come "baluardo" della lotta alla corruzione e poi "demonizzato" come concausa o causa della corruzione negli appalti pubblici.

Pertanto, il Codice del 2006<sup>392</sup>, a seguito anche dell'intervento della CGUE<sup>393</sup>, all'articolo 81, sancì la piena fungibilità dei due criteri, rimettendo la scelta, caso per caso, alle stazioni appaltanti<sup>394</sup>.

Tale impianto normativo è rimasto immutato sino alle direttive del 2014 che, invece, hanno evidenziato una netta preferenza per il criterio dell'OEPV o, meglio, hanno cambiato la terminologia usata nel previgente testo delle direttive e affermato che l'offerta aggiudicataria deve essere l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata, a sua volta, o in base al miglior rapporto qualità/prezzo o in base al criterio del prezzo o del costo.

In altre parole, quello che in precedenza era denominato come criterio dell'OEPV diviene criterio dell'OEPV sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

A differenza delle previgenti direttive che stabilivano l'alternativa (fungibile) tra i due criteri, le direttive del 2014 mostrano – dalla lettura di alcuni dei loro considerando<sup>395</sup> – un netto *favor* per il criterio che seleziona l'offerta aggiudicatrice con il miglior rapporto qualità/prezzo, e il criterio del prezzo più basso diviene una delle estrinsecazioni del criterio dell'OEPV (art. 67 par. 1 e 2 dir. 2014/24; art. 82, par. 1 e 2, dir. 2014/25)<sup>396</sup>.

---

<sup>392</sup> L'art. 81 del Codice del 2006 andava a recepire il pacchetto di direttive del 2004 e, in particolare, l'art. 53 della direttiva 2004/18/CE ove l'art. 53 si limitava ad indicare le due alternative dell'OEPV (di cui venivano indicati i criteri collegati all'oggetto dell'appalto, quali la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, la data di consegna, il termine di consegna o di esecuzione) e del prezzo più basso. Sull'argomento v. F. CARDARELLI, ult. op. cit., 531, che definisce l'art. 53 una disposizione "scarna", in linea anche con la previgente legislazione europea.

<sup>393</sup> Si fa riferimento in particolare a CGUE, sez. II, 7 ottobre 2004, C-247/02, che aveva ritenuto la disciplina contenuta nella legge Merloni contrastante con l'art. 30 della direttiva 93/37/CEE, nella parte in cui imponeva alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso per l'aggiudicazione di una procedura ristretta.

<sup>394</sup> Sui criteri di aggiudicazione nel previgente sistema si v. *ex multis*, P. PIVA, *Criteri di aggiudicazione*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA, Padova, 2014, I, 779 ss.; G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anormalità*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, Torino, 2010, 451 ss.; R. DI PACE, *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Torino, 2010, 647 ss.

<sup>395</sup> In particolare, dal considerando 94 della direttiva 2014/24 e dal considerando 89 della direttiva 2014/25.

<sup>396</sup> Sul punto vi è stato chi ha affermato che le direttive hanno confermato l'esistenza di due soli criteri (OEPV e minor prezzo) e chi invece ha evidenziato come le stesse abbiano stabilito diverse combinazioni di criteri, sempre nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Nel primo senso v. R. DE NICTOLIS, ult. op. cit., secondo cui: «le direttive del 2014 confermano che esistono solo

Le direttive hanno lasciato poi agli Stati membri la possibilità di limitare la facoltà di scelta (da parte della stazione appaltante) tra i diversi criteri, prevedendo che gli Stati membri possano stabilire divieti per le stazioni appaltanti di utilizzare il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione, ovvero limitare l'utilizzo del criterio del miglior prezzo riservandolo a determinate categorie di appalti o di stazioni appaltanti (art. 67 dir. 2014/24 e art. 82 dir. 2014/25).

Tale diversa articolazione della disciplina dei criteri di aggiudicazione, che vede la necessaria considerazione di elementi ulteriori oltre a quello economico, ha trovato il suo fondamento, a sua volta, nella generale evoluzione della disciplina UE in materia di appalti pubblici, già analizzata<sup>397</sup>: l'UE con le direttive del 2014, infatti, ha confermato il cambiamento di visuale, già in atto con le direttive del 2004, in merito all'uso degli appalti pubblici non più solo per mere finalità di approvvigionamento delle amministrazioni pubbliche, ma anche per scopi legati al raggiungimento di obiettivi a valenza sociale, ambientale e di politica economica (c.d. uso strategico degli appalti).

A livello interno, nell'attuale quadro normativo, i criteri di aggiudicazione sono disciplinati dall'art. 95 del Codice dei contratti (parte II, titolo IV dedicata all'aggiudicazione nei settori ordinari) da cui emerge chiaramente il recepimento della suddetta normativa UE, e infatti: a) viene cambiata la

---

*due criteri di aggiudicazione, quello del miglior prezzo e quello dell'OEPV».* Tale impostazione è stata invece criticata da chi, invece, ha affermato che dalle direttive sarebbero ora evincibili le seguenti combinazioni di criteri: a) un criterio che si basa sul prezzo, che sarebbe il vecchio criterio del prezzo più basso e il cui utilizzo può essere limitato dagli Stati membri; b) un criterio (del tutto nuovo) che si basa solo sul "costo", seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all'art. 68; c) un criterio (anche questo del tutto nuovo) che si basa su un prezzo o un costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi; d) un criterio che può includere il miglior rapporto qualità/prezzo (che sarebbe la "vecchia" offerta economicamente più vantaggiosa) valutato sulla base di criteri quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. Tra tali criteri possono rientrare, ad esempio, la qualità, che comprende il pregio tecnico, caratteristiche sociali, ambientali, e innovative. In tal senso F. CARDARELLI, ult. op. cit., 535. Così anche P. CHIRULLI, *Commento all'art. 95. Criteri di aggiudicazione dell'appalto*, in *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G.M. ESPOSITO, Torino, 2017, 1232, secondo cui tale novità sarebbe una vera e propria "rivoluzione copernicana". Sul punto anche R. CARANTA, D.C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 5, 2014, 500.

<sup>397</sup> Capitolo II sez. I.

terminologia dell'OEPV nell'ottica ricordata; b) emerge il *favor* per il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

Sempre in linea con quanto stabilito dalle direttive, l'art. 95 prevede poi i casi ove il riferimento al solo elemento economico<sup>398</sup> è espressamente vietato (comma 3) e quelli in cui è ammesso, a discrezione dell'amministrazione (comma 4).

Il Codice del 2016 ha quindi rappresentato un “cambio di marcia” – rispetto alla previgente disciplina e al “retaggio” di cui era “figlia” – in quanto ha avvicinato la normativa italiana all'approccio comunitario, basato, come più volte ricordato, sulla fiducia verso le amministrazioni (e, dunque, verso un più ampio utilizzo della loro discrezionalità)<sup>399</sup>.

#### 5. *I requisiti di partecipazione tra tutela della concorrenza e discrezionalità: breve premessa*

Come visto nei paragrafi precedenti, la determinazione del contenuto del bando costituisce espressione del potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici che sono libere di strutturarlo in modo tale da ricercare gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto.

Tale potere, tuttavia, deve sempre essere esercitato secondo i criteri di ragionevolezza e di proporzionalità in modo da non incidere irragionevolmente sulla tutela della *par condicio* dei concorrenti e sulla garanzia della concorrenza.

Sul punto la giurisprudenza amministrativa ha spesso sostenuto che l'amministrazione sia titolare di «*un ampio potere discrezionale*» che fa sì che la stessa sia legittimata ad «*inserire in un bando di gara tutte le disposizioni ritenute più opportune, più idonee e più adeguate per l'effettivo*

---

<sup>398</sup> Viene poi evidenziata la novità che vede l'elemento economico valutabile non solo in termini di prezzo ma anche di costo, ricorrendo a criteri quali il costo del ciclo della vita a cui è dedicato il successivo art.96.

<sup>399</sup> Cfr. L. GILI, ult. op.cit., 27.

*raggiungimento dello scopo perseguito con la selezione ad evidenza pubblica indetta, ma le disposizioni con cui si manifesta tale potere discrezionale non devono essere o apparire illogiche, arbitrarie, inutili o superflue»<sup>400</sup>, nel rispetto del principio di proporzionalità ed adeguatezza.*

Ne deriva che le clausole del bando<sup>401</sup> devono risultare congrue e adeguate rispetto all'oggetto dell'appalto, in quanto è proprio rispetto a quest'ultimo che dovrà (eventualmente) essere valutata la legittimità delle eventuali limitazioni alla concorrenza poste dall'amministrazione aggiudicatrice nella *lex specialis*.

Quest'ultima, si è visto, è infatti legittimata ad introdurre disposizioni tese a limitare la platea dei concorrenti solo quando tale scelta non sia eccessivamente o irragionevolmente limitativa della concorrenza.

Più nello specifico, per quanto riguarda i requisiti di partecipazione<sup>402</sup>, l'art. 83 del Codice<sup>403</sup> consente alla stazione appaltante di stabilire gli standard

---

<sup>400</sup> *Ex multis* Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2012, n. 3939.

<sup>401</sup> In merito al contenuto del bando si tenga presente che le stazioni appaltanti, sono tenute, secondo l'art. 71 del Codice, a redigere i bandi in conformità dei bandi-tipo predisposti dall'ANAC. I bandi-tipo rientrano negli strumenti di regolazione flessibile con cui l'Autorità garantisce la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti. Così P. FONTANA, op. cit., 574. Sono anche definiti come atti di indirizzo a valenza rinforzata, A. SCACCHI, *Nuove funzioni e poteri dell'ANAC, in Nuovo diritto degli appalti e Linee guida ANAC*, a cura di M.L. CHIMENTI, Roma, 2017, 43. In ogni caso le relative previsioni non sono vincolanti per la stazione appaltante che possono discostarsene purché forniscano adeguata motivazione della deroga nella determina a contrarre.

<sup>402</sup> Tali requisiti vanno tenuti distinti dai requisiti soggettivi di ordine generale di onestà e affidabilità morale (come, ad esempio, l'assenza di condanne penali, di misure di prevenzione antimafia, di violazione tributarie, di violazioni in materia di previdenza e assistenza, di sicurezza sul lavoro. I requisiti "moralì" vengono richiesti per partecipare ad una qualunque gara d'appalto e vengono perciò ritenuti "personali", laddove i requisiti speciali di capacità richiesti per contrattare con una pubblica amministrazione sono invece strettamente correlati all'oggetto e al valore dell'appalto di specie o alla sua tipologia. Cfr. F. FRANCIOSI, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, vol. II, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, 952 ss.; Per approfondimenti sul tema v. per tutti, R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, op.cit., 670 ss. Sulla distinzione v. *ex multis*, G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, a cura di R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI e G. SALA, I, Padova, Cedam, 2014, 300; C. COLOSIMO, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. COMPORTI, Napoli, 2011, 109 ss.

<sup>403</sup> Tale articolo contiene al suo interno una varietà di disposizioni attinenti i criteri di selezione delle offerte (commi da 1 a 8), il soccorso istruttorio (comma 9), il nuovo sistema di rating di impresa (comma 10). Tali disposizioni risultano all'apparenza molto eterogenee tant'è che il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di d.lgs., espresse l'opportunità di suddividere l'articolo in più articoli separati. Nonostante l'eterogeneità, parte della dottrina ha ricondotto le diverse disposizioni ad un unico filo conduttore: la garanzia della massima concorrenzialità nella fase di selezione dei candidati. Così G. IOANNIDES, *La selezione delle offerte*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, op. cit., 644.

richiesti ai potenziali partecipanti alla procedura (adeguandoli all'oggetto e al valore dell'appalto) e garantendo così la partecipazione di tutti gli operatori adeguatamente qualificati a rendere la prestazione richiesta dall'amministrazione.

La disciplina dei requisiti speciali di qualificazione o di capacità tecnica, economica e professionale è infatti tesa a trovare il giusto equilibrio tra l'esigenza di riservare l'accesso alle gare pubbliche di appalto ai soli soggetti previamente ritenuti capaci e affidabili e quella di consentire la più ampia partecipazione possibile alle gare, nel rispetto del principio della concorrenza e del suo principale corollario, quello del *favor participationis*<sup>404</sup>.

Ne consegue che la discrezionalità dell'amministrazione nella scelta dei requisiti viene delimitata proprio per garantire che essi siano attinenti all'oggetto dell'affidamento, che siano fissati nel rispetto del principio di proporzionalità e che non si traducano in una illegittima limitazione della possibilità di concorrere<sup>405</sup>.

In generale, il Codice prevede che i requisiti, richiesti dalle amministrazioni aggiudicatrici per la partecipazione alle procedure dalle stesse indette, possano avere ad oggetto esclusivamente l'idoneità professionale, la capacità economica e finanziaria, le capacità tecniche e professionali.

Il requisito di idoneità professionale riguarda, ai sensi dell'art. 83, comma 3, l'iscrizione dell'operatore economico alla camera di commercio, industria e artigianato, o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali ed è quindi tesa a limitare la partecipazione alla gara unicamente agli operatori che dispongono delle

---

<sup>404</sup> Così F. FRANCIOSI, ult. op.cit., 952 ss.

<sup>405</sup> Cfr. G. IOANNIDES, op. cit., 645, che specifica poi che la discrezionalità della stazione appaltante è limitata fortemente anche nella scelta delle modalità di prova del possesso dei requisiti. L'imposizione di modalità di verifica dei requisiti eccentriche ed eccessivamente difficoltose potrebbe tradursi in una limitazione della possibilità di concorrere al pari della fissazione di requisiti sproporzionati e irragionevoli. Per gli appalti di lavori, infatti, il possesso dei requisiti sarà provato non nell'ambito delle singole procedure ma ricorrendo ad apposite certificazioni, rilasciate da enti autorizzati (art 84); per gli appalti di servizi e forniture, invece, il possesso dei requisiti speciali deve essere provato utilizzando i mezzi di cui all'art. 86 e il DGUE di cui all'art. 85.

qualifiche necessarie ad eseguire il lavoro, il servizio o la fornitura<sup>406</sup>; i requisiti economico-finanziari mirano invece a garantire che il concorrente sia munito di una struttura aziendale che (anche) sotto il piano della solidità economica, sia idonea a soddisfare i bisogni dell'amministrazione oggetto dell'appalto; le capacità tecniche e professionali, infine, rappresentano quel "bagaglio" di risorse umane e tecniche teso a dimostrare che l'operatore sia in possesso dell'esperienza e della capacità necessaria a gestire l'appalto con un adeguato standard di qualità.

Per quanto riguarda l'ampiezza della discrezionalità di cui dispone la stazione appaltante nello stabilire tali requisiti, l'art. 83, comma 2, preclude l'introduzione di requisiti sproporzionati o irragionevoli rispetto all'oggetto e al valore dell'appalto.

Sul punto, la giurisprudenza ha più volte affermato che «*in base al disposto dell'art. 83, comma 2, del d. lgs. 50/2016, la stazione appaltante può fissare discrezionalmente i criteri di partecipazione, sulla base dell'attinenza, della proporzionalità e della necessità rispetto all'oggetto dell'appalto, in modo da garantire l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti*»<sup>407</sup>.

L'ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante nella determinazione dei requisiti di partecipazione deve poi tenere conto del principio, ormai normativamente sancito (art. 83, comma 8, del Codice e, precedentemente dall'art. 46, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006)<sup>408</sup>, della

---

<sup>406</sup> Solitamente i bandi di gara precisano che l'iscrizione alla CCIA deve avere oggetto analogo a quello dell'affidamento. Così anche la giurisprudenza v. Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2015, n. 1874.

<sup>407</sup> Si v. *ex multis* TAR Napoli, 16 luglio 2018, n. 4729. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali (e non) si richiama la delibera ANAC n. 177 del 21 febbraio 2018. Sul punto F. FRANCIOSI, ult. op. cit., 967 secondo cui «*massime siffatte non danno assolutamente evidenza della dimensione e dei termini del problema, che si presuppone sempre e comunque risolto se solo si esige che venga rispettato il principio di proporzionalità e che la scelta si consumi al momento di formazione della lex specialis*».

<sup>408</sup> Il principio di tassatività delle cause di esclusione è attualmente disciplinato dall'art. 83, comma 8, del Codice che ha riproposto detto principio sia pure in termini semplificati rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 46, comma 1-bis del Codice del 2006. All'interno di tale Codice, il principio era stato introdotto dall'art. 4, comma 2, n. 2, lett. d) d.l. 13 maggio 2011, n.70 convertito con modificazioni dalla l.12 luglio 2011, n. 106, noto come "decreto sviluppo". Tale disposizione da un lato, aveva riformulato la rubrica dell'art. 46 del vecchio Codice menzionando espressamente il principio di tassatività delle cause di esclusione; dall'altro, aveva inserito il comma 1-bis, che, nell'ottica di ridurre il contenzioso, limitava il potere delle stazioni appaltanti di escludere i concorrenti per inadempimenti

tassatività delle cause di esclusione, secondo cui i bandi e le lettere di invito non possono contenere disposizioni escludenti che non siano conformi a quanto previsto dal Codice o da altre norme di legge vigenti.

Fatta tale premessa si analizzerà ora una particolare questione che negli ultimi anni ha occupato il giudice amministrativo, ossia l'inserimento nei bandi di gara delle cc.dd. clausole di territorialità come requisito di partecipazione alle commesse pubbliche.

---

di carattere formale, legittimando l'esclusione al verificarsi di determinati presupposti, riconducibili a due gruppi di ipotesi. Il primo gruppo di ipotesi ricomprendeva quella relativa al mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice, dal regolamento o da altre disposizioni di legge, ipotesi definita dalla giurisprudenza (Cons. St., Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663) come causa normativa di esclusione, operante non solo quando il codice, la legge o il regolamento di attuazione ed esecuzione del codice comminano espressamente l'esclusione per la violazione di prescrizioni o adempimenti da questi imposti, ma anche quando dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti, ovvero dettino norme di divieto, pur senza prevedere espressamente l'esclusione. Il secondo gruppo di ipotesi, invece, comprendeva una serie di situazioni già frutto di elaborazioni giurisprudenziali (in questo caso, secondo la citata giurisprudenza, era ravvisabile una cd. causa amministrativa di esclusione). Al di fuori di queste ipotesi "tassative" non era possibile, per le stazioni appaltanti, introdurre ulteriori cause di esclusione nei bandi di gara e queste, ove previste, sono affette da nullità. Cfr. E. SANTORO, *Tassatività delle cause di esclusione*, in *lamministrativista.it*. Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha poi confermato il principio di tassatività delle cause di esclusione anche se in termini più semplici rispetto alla previgente disciplina. La richiamata dottrina ha individuato le principali differenziazioni come segue. Anzitutto, a differenza dell'art. 46 del previgente Codice, scompare il riferimento esplicito al principio di tipicità o di tassatività delle cause, che rimane ricavabile in via interpretativa; infatti, l'art. 83 del "nuovo" Codice non ha riproposto l'elencazione delle cause di esclusione, ma si è limitato a confermare il divieto in capo alla stazione appaltante di introdurre cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dal codice stesso o da altre disposizioni di legge, a pena di nullità. Altra differenza riscontrata è che l'art.83 richiama detto principio solo al comma 8, laddove si fa riferimento alle condizioni di partecipazione alla procedura di gara, vale a dire ai requisiti di partecipazione relativi alla capacità professionale, alla capacità economico-finanziaria e a quella tecnica-professionale. Per tale ragione la richiamata dottrina si è domandata se vi sarebbe da chiedersi se la nullità, come era previsto nella previgente disciplina, possa colpire anche eventuali clausole del bando di gara che prescrivono l'esclusione dalla procedura senza che, in concreto, si sia verificato un caso di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per il difetto di sottoscrizione dell'offerta o di altri elementi essenziali, di mancanza di integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione alla gara, ovvero altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. Sul tema v. anche M. PIZZI, *Riflessioni sul principio di tassatività delle cause di esclusione: analisi critica della sentenza dell'adunanza plenaria del consiglio di stato n. 7 del 2020 alla luce della giurisprudenza europea*, *Foro amm.*, 4, 2020, 938; F. BOTTEON *Un banco di prova del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare: il taglio delle ali solo virtuale e non effettivo*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2, 2020, 179 ss.; M. SILVESTRI, *Dall'atipicità alla tassatività delle cause di esclusione dalle pubbliche gare*, in *Giur.it*, 8-9, 2020, 1976 ss.; A. AMORE, *Le cause di esclusione dei cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. app.*, 6, 2017, 763 ss.; F. RISSO, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di "soccorsio istruttorio"*, *Foro amm. CDS*, 9, 2013, 2528. Sulla particolare questione dei gravi illeciti professionali v. tra i più recenti contributi, *ex multis*: A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. edil.*, 4, 2018, 209; S. CALDARELLI, *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per grave illecito professionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2019, 301 ss.

5.1. segue: *L'esempio delle cc.dd. clausole di territorialità nei bandi di gara*

Il Giudice amministrativo, negli ultimi anni, ha più volte affermato l'illegittimità, all'interno dei bandi di gara, delle cc.dd. clausole di territorialità, ossia di quelle clausole che impongono agli operatori economici, che vogliano partecipare alla procedura di gara, di disporre di una sede operativa localizzata in una determinata area geografica o ad una distanza minima dalle sedi dell'amministrazione aggiudicatrice.

Nell'analisi delle pronunce che seguono, il requisito "territoriale" è stato infatti imposto quale requisito di partecipazione e non quale, eventuale, requisito di esecuzione del contratto.

La scelta delle stazioni appaltanti di delimitare in tal modo il "micro-mercato" delle procedure di gara è stata ritenuta illegittima in quanto posta in violazione del principio di proporzionalità, del *favor participationis* e del più ampio principio di tutela della concorrenza.

Ai fini del presente lavoro di ricerca, tale "caso" di analisi appare utile dal momento che è esemplificativo dell'incontro tra la tutela della concorrenza per il mercato e l'esercizio della discrezionalità amministrativa, e permette di analizzare un esempio di pratica interazione tra le stesse.

Venendo all'analisi giurisprudenziale, tra le più significative pronunce sul tema si richiama la sentenza della V sezione del Consiglio di Stato del 15 maggio 2019, n. 3147: nel caso di specie la controversia aveva ad oggetto una procedura negoziata, preceduta da avviso esplorativo, indetta da un Comune per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria degli automezzi di proprietà comunale recante, tuttavia, la previsione di una c.d. clausola di territorialità quale requisito di partecipazione alla gara stessa.

Tale clausola prevedeva, a pena di esclusione, la disponibilità, da parte dei concorrenti, di una sede operativa (in tal caso un'autofficina) localizzata in frazioni limitrofe e comunque entro la distanza minima di cinquecento metri

dal confine comunale. La scelta della stazione appaltante veniva motivata sulla base di “ovvie ragioni di economicità”.

Il TAR, in primo grado aveva riconosciuto la clausola illegittima in quanto violativa sia del principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all’art. 83, comma 8. del Codice (che preclude alla stazione appaltante di introdurre cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente previste), sia dei principi della *par condicio* e della concorrenza, precisando poi che il generico riferimento a “motivi di economicità” posti a fondamento della clausola in questione, non sarebbe stato sufficiente a giustificare una così significativa compressione dei suddetti principi.

Il Comune, dunque, proponeva appello davanti al Consiglio di Stato deducendo, tra i motivi di impugnazione, l’erroneità della decisione del giudice di primo grado nella parte in cui ha ritenuto illegittima l’apposizione della clausola di territorialità per violazione dei principi di libera concorrenza e parità di trattamento. A detta del Comune, infatti, la prescrizione avrebbe trovato «*il proprio fondamento di razionalità nelle ragioni di economicità e di risparmio del tempo connesse al più agevole raggiungimento della sede dell’appaltatore in un ambito geografico prossimo alla sede dell’Amministrazione*».

Veniva ricordato anche che i requisiti di partecipazione alla gara sono espressione dell’ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante, che rintraccia il proprio limite nelle sole previsioni illogiche o sproporzionate e, che, in tal senso, la ragionevolezza della clausola di territorialità non avrebbe comunque avuto un effetto preclusivo alla partecipazione, in quanto le imprese avrebbero potuto ricorrere all’istituto dell’avvalimento, ovvero all’associazione temporanea di imprese.

Il Consiglio di Stato, condividendo quanto affermato dal giudice di primo grado, ha ritenuto la suddetta clausola di territorialità illegittima per le seguenti motivazioni.

A detta del Collegio, anche a voler prescindere dalla motivazione sottesa alla previsione in esame, l’illegittimità della clausola sarebbe ravvisabile nella «*ristrettezza degli eterogenei parametri fissati dalla lettera di invito*» che,

seppur finalizzati a garantire un'esigenza di economicità, hanno violato in modo non proporzionato i principi, di matrice euro-unitaria, di libera concorrenza e massima partecipazione che vietano ogni tipo di «discriminazione dei concorrenti *ratione loci*».

Ciò in quanto i limiti di localizzazione territoriali imposti dalla stazione appaltante, hanno inciso negativamente sulla *par condicio* della procedura ed hanno, conseguentemente, favorito determinati operatori a discapito di altri senza che tale discriminazione sia apparsa giustificata o proporzionata «*in relazione ad un qualche interesse ritenuto prevalente*»<sup>409</sup>.

#### 5.1.2. segue: I più recenti orientamenti del giudice amministrativo tra concorrenza, discrezionalità e proporzionalità

La questione affrontata dal Consiglio di Stato nella pronuncia appena esaminata, va ad inserirsi in un quadro giurisprudenziale che, seppur parzialmente consolidato, appare ricco di sfumature, la cui analisi risulta imprescindibile ai fini delle osservazioni che seguiranno.

In un caso simile a quello già richiamato, è stata ritenuta legittima (almeno in primo grado) l'apposizione di una clausola di territorialità che prevedeva il possesso da parte dei concorrenti, al momento della presentazione dell'offerta, di una sede operativa (anche in questo caso un'autofficina) nel Comune che aveva indetto la gara.

Il TAR, in tale occasione, aveva ritenuto legittima la scelta della stazione appaltante in quanto la necessaria vicinanza dell'appaltatore alle sedi comunali era stata adeguatamente motivata<sup>410</sup> e, inoltre, perché la suddetta clausola, non

---

<sup>409</sup> Par. 4 della decisione

<sup>410</sup> La stazione appaltante in tale occasione aveva motivato la propria scelta riconducendo le ragioni della prossimità dell'officina alle sedi comunali al fatto che i mezzi dovevano essere portati in officina dagli stessi dipendenti comunali che li utilizzavano per l'espletamento dei compiti d'ufficio, il che avrebbe comportato che i tempi di consegna e riconsegna degli automezzi sarebbero stati tali da distogliere per l'intera giornata lavorativa o addirittura per più giorni i dipendenti dai compiti d'istituto. Inoltre, era stato evidenziato che il Comune in questione essendo di piccole-medie dimensioni, non dispone di una cospicua flotta di automezzi, né di un numero particolarmente elevato di addetti, per cui sarebbe stato contrario al principio di proporzionalità costringere il Comune a portare i propri mezzi

imponendo la proprietà dell'officina al concorrente (essendo stata ritenuta sufficiente la mera disponibilità in base ai più disparati titoli giuridici), non sarebbe parsa, a detta del Collegio, particolarmente restrittiva e non avrebbe comportato alcuna discriminazione territoriale fra operatori economici<sup>411</sup>.

Tale decisione, tuttavia, è stata impugnata davanti al Consiglio di Stato che, con chiarezza, ne ha dichiarato l'illegittimità<sup>412</sup>.

Il Supremo Consesso, al contrario, ha ritenuto la clausola di territorialità illegittima «*per come congegnata*». Se, infatti, è stato ritenuto condivisibile l'assunto secondo cui, in relazione all'oggetto dell'appalto<sup>413</sup>, vi sarebbe stata una effettiva (e ragionevole) esigenza di prossimità dell'officina alle sedi comunali e che è altrettanto vero che non era stata richiesta la proprietà della sede operativa, bensì la mera disponibilità, tuttavia, l'elemento dirimente, sarebbe stato rintracciato nel fatto che il possesso di un'officina con sede operativa nel territorio del Comune era stato espressamente qualificato dalla *lex specialis* come requisito di partecipazione ai fini della gara e non già di mera esecuzione<sup>414</sup>, richiesto, a valle dell'aggiudicazione, per la sola stipula del contratto<sup>415</sup>.

---

(anche per i controlli più banali) in un'officina «*situata anche a centinaia di chilometri dalla sede dell'ente*».

<sup>411</sup> In tal senso TAR Marche, Ancona, 15 gennaio 2018, n. 45

<sup>412</sup> Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 506.

<sup>413</sup> Consistente nella riparazione e manutenzione di veicoli di proprietà del Comune, dotato di un esiguo numero di mezzi e di dipendenti.

<sup>414</sup> Sui requisiti in sede di esecuzione, si v. l'art. 100 del Codice, secondo cui «*Le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'oneri. Dette condizioni possono attenere, in particolare, a esigenze sociali e ambientali*». In ogni caso la giurisprudenza sul punto ha precisato che «*quand'anche si giunga a qualificare un dato elemento dell'offerta come "requisito di esecuzione", è indispensabile che il concorrente, che ne sia sprovvisto, dia comunque prova di poterne acquisire la disponibilità in fase di esecuzione del contratto (o, meglio, della sua stipulazione). Solo a questa condizione, d'altronde, l'offerta può stimarsi realmente seria ed attendibile; potendo, altrimenti, ciascun operatore dichiarare al rialzo sugli altri la disponibilità di mezzi e strumenti (sia pur, per così dire, esecutivi), accaparrandosi in questo modo un più alto punteggio, salvo poi non esserne realmente in grado di impiegarli, con grave pregiudizio all'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, ove la stazione appaltante si vedesse costretta alla revoca dell'aggiudicazione*», così Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2020, n. 8159.

<sup>415</sup> In senso conforme si è espresso anche TAR Veneto, Venezia, sez. I, 21 giugno 2018, n. 673, secondo cui sono da considerarsi illegittime (in quanto rappresentano una violazione dei principi di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza, i quali vietano ogni discriminazione dei concorrenti *ratione loci*) quelle prescrizioni racchiuse nella *lex specialis* che prevedono requisiti

In relazione a tale aspetto, è stata ritenuta fondata la doglianza di violazione dei principi di massima partecipazione alle gare e di *par condicio* in quanto la clausola territoriale in questione di fatto si sarebbe concretizzata in un *favor* per la partecipazione alla gara delle sole imprese locali (verosimilmente già in possesso di un'officina con sede operativa nel territorio del Comune), risultando fortemente limitativa della concorrenza in quanto avrebbe impedito alle altre imprese di potersi organizzare a seguito dell'aggiudicazione<sup>416</sup>.

In altre parole, il possesso del suddetto requisito sarebbe stato legittimamente esigibile solamente verso il concorrente aggiudicatario definitivo e unicamente come condizione per la stipula del contratto.

Solamente in tale momento, infatti, a detta del Collegio, acquisterebbe effettivo rilievo l'interesse dell'amministrazione a che il contraente abbia a disposizione gli strumenti necessari per garantire la continuità del servizio oggetto dell'appalto.

Per converso, la suddetta clausola, nella misura in cui richiedeva a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente e già al momento della domanda, la disponibilità di un'officina localizzata nel Comune, li obbligava a sostenere inevitabili costi di investimento in vista di una sola possibile ma non certa aggiudicazione alla gara. Un siffatto onere economico ed organizzativo è stato valutato come ultroneo e sproporzionato.

È stata ritenuta poi priva di pregio anche l'argomentazione, utilizzata dal Giudice di primo grado, secondo cui i concorrenti potrebbero sopperire all'assenza di tale requisito utilizzando lo strumento dell'avvalimento. Questo in quanto, a detta del Giudice d'appello, ai fini della concreta operatività dell'istituto, non è sufficiente unicamente la decisione dell'impresa che vuole

---

soggettivi dei concorrenti legati ad elementi di localizzazione territoriale, con effetti escludenti dalle gare pubbliche ovvero con valore discriminante in sede di valutazione delle offerte, e non attinenti alle reali esigenze di esecuzione del contratto ma esclusivamente ai requisiti tecnico-organizzativi delle imprese. Nel caso sottoposto all'attenzione del TAR Veneto, invece, non era stato previsto - con riguardo alla clausola contestata - un requisito di partecipazione, né era stata introdotta una discriminazione dei concorrenti *ratione loci* in sede di valutazione delle offerte, ma solo una previsione concernente un profilo di esecuzione del contratto che, dunque, è stata ritenuta legittima.

<sup>416</sup> Similmente Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5929 in merito alla disponibilità da parte dell'impresa di un idoneo centro cottura negli affidamenti dei servizi di ristorazione.

partecipare alla gara ma è indispensabile anche la volontà concorde di altre imprese.

In altre parole, il Consiglio di Stato, in tale occasione ha ritenuto la clausola territoriale sproporzionata e distorsiva del principio di concorrenza tra imprese, in quanto richiedere il possesso del requisito da essa imposto, sin dal momento di presentazione dell'offerta come requisito di partecipazione, di fatto equivale a riservare la gara alle sole imprese che già operano nel territorio, in palese violazione dei richiamati principi comunitari.

In un'altra pronuncia il requisito della territorialità veniva invece previsto nel disciplinare di gara attraverso l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo per i concorrenti che avrebbero garantito, già al momento della presentazione delle offerte, la presenza di un ufficio operativo nel raggio di 80 km dalla sede della stazione appaltante<sup>417</sup>.

In tal caso il TAR ha ricordato che la giurisprudenza amministrativa tende a rilevare il carattere anticoncorrenziale di tutte quelle clausole dei bandi di gara che richiedono alle imprese partecipanti, quali requisiti di partecipazione alla gara o criteri tecnici per il riconoscimento di un maggior punteggio, l'ubicazione della sede operativa entro una certa distanza rispetto al servizio da espletare o la disponibilità di strutture o uffici operativi prima dell'aggiudicazione della gara<sup>418</sup>.

Non solo, ma è stato precisato che anche la Corte Costituzionale, in più occasioni, ha chiarito che discriminare le imprese sulla base di un elemento di localizzazione territoriale si pone in contrasto con il principio di eguaglianza, nonché con il principio in base al quale *«la Regione non può adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose fra le regioni»* e *«non può limitare il diritto dei cittadini*

---

<sup>417</sup> TAR Aosta, 17 settembre 2018, n. 44. In tal caso la procedura di gara aveva ad oggetto l'affidamento di servizi assicurativi. Si veda R. MANGANI, *Offerta tecnica, la Pa non può vincolare il punteggio aggiuntivo al possesso di una sede operativa*, in *Ed. terr.*, 27 settembre 2018.

<sup>418</sup> In questo senso, sono stati richiamati Cons., Stato, sez. V, 12 luglio 2004, n. 5049 e TAR Lazio, Latina, Sez. I, 20 dicembre 2017, n. 637.

*di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego o lavoro»<sup>419</sup>.*

---

<sup>419</sup> In questo senso, si vedano Corte cost., 26 giugno 2001 n. 207; Id., 22 dicembre 2006, n. 440 che richiamano, in tale occasione l'art. 120, secondo e terzo comma, Cost. (nel suo testo previgente, modificato dall'art. 3 l. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3). Sulla illegittimità della discriminazione delle imprese sulla base di elementi territoriali si è espressa anche la CGUE con pronuncia del 16 giugno 2015 (C-593/13). In tale occasione la Corte ha avuto modo di esprimersi sulla contrarietà al diritto dell'Unione europea di una normativa di uno Stato membro (nel caso di specie l'Italia ed in particolare il DPR. del 5.10.2010) che imponga alle SOA di avere la loro sede legale nel territorio nazionale. In particolare, la CGUE ha avuto modo di precisare che le scelte degli Stati membri a) di subordinare l'esercizio di un'attività di servizi sul proprio territorio al rispetto di requisiti discriminatori fondati sulla territorialità (oppure sull'ubicazione della sede legale); b) di limitare la libertà del prestatore di servizi di scegliere se essere stabilito a titolo principale o secondario sul territorio di uno Stato membro, si pongono in contrasto con il diritto dell'UE. Più recentemente si richiama Corte cost., 27 maggio 2020, n. 98 che ha dichiarato incostituzionale l'art. 10, comma 4, l.r. Toscana, 16 aprile 2019, n. 18 (Disposizioni per la qualità del lavoro e per la valorizzazione della buona impresa negli appalti di lavori, forniture e servizi. Disposizioni organizzative in materia di procedure di affidamento di lavori). La norma censurata era stata inserita nel capo II della legge regionale, che disciplinava le «procedure negoziate per l'affidamento di lavori di cui all'articolo 36 del d.lgs. 50/2016» (ossia dei contratti di valore inferiore alla soglia comunitaria), e stabiliva che, «*[i]n considerazione dell'interesse meramente locale degli interventi, le stazioni appaltanti possono prevedere di riservare la partecipazione alle micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio regionale per una quota non superiore al 50 per cento e in tal caso la procedura informatizzata assicura la presenza delle suddette imprese fra gli operatori economici da consultare*». Secondo la ricorrente Presidenza del Consiglio dei ministri, la possibilità di riservare la partecipazione, per una quota non superiore al 50 per cento, «*alle micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio regionale*» sarebbe stata illegittima per violazione dell'art. 117, comma 2, lettera e), Cost. Essa, infatti, si sarebbe posta in contrasto con l'art. 30, comma 1, del Codice, «*che impone il rispetto dei principi di libera concorrenza e non discriminazione*». La previsione della «*riserva regionale*» avrebbe comportato «*una indebita restrizione del mercato escludendo gli operatori economici non toscani dalla possibilità di essere affidatari di pubbliche commesse*». Secondo la Regione resistente, invece, la norma impugnata avrebbe rispettato le disposizioni del Codice e in particolare l'art. 30, «*coniugando, al contempo, il principio di libera concorrenza e non discriminazione ed il favor participationis per le microimprese, le piccole e le medie imprese*». La Regione rilevava che, nelle procedure negoziate di affidamento dei lavori, si riscontrava un elevato numero di manifestazioni di interesse, con conseguente «*difficoltà ad individuare modalità per la riduzione del numero dei soggetti da invitare*»; e che il criterio del sorteggio, cui si era fatto ricorso, era stato contestato dagli operatori economici. La norma impugnata avrebbe avuto come fine quello di contemperare il principio di concorrenza con la tutela delle piccole imprese. Inoltre, tale riserva sarebbe stata unicamente «*aggiuntiva rispetto alla quota minima di partecipazione prevista dall'art. 36*» e non avrebbe determinato «*alcuna incidenza sulle modalità di partecipazione previste ai sensi dell'articolo 36 del d.lgs. 50/2016, né tantomeno sul numero minimo di partecipanti ivi indicato*». In altre parole, a detta della Regione, la norma impugnata avrebbe unicamente preservato l'effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, mitigando la casualità del sorteggio. La Corte, preliminarmente, ha precisato precisa quanto segue. a) La disposizione censurata, per un verso, non fissa un requisito di accesso alle procedure negoziate, sicché non si può dire che essa escluda a priori le imprese «non toscane» dalla partecipazione agli appalti in questione, essendo la riserva di partecipazione (che le stazioni appaltanti possono prevedere) limitata al massimo al 50 per cento delle imprese invitate al confronto competitivo; b) Per altro verso non è nemmeno esatto dire che essa richiede in via alternativa la sede legale o la sede operativa nel territorio regionale: la disposizione utilizza la congiunzione «e», né ci sono ragioni logiche che portino a superarne la lettera. Dalla possibile riserva di partecipazione sono dunque escluse le micro, piccole e medie imprese che hanno solo una delle due sedi nel territorio regionale; c) inoltre, poiché la norma impugnata precisa che si tratta di una possibile riserva della «partecipazione», si deve ritenere che il suo oggetto si collochi nella fase dell'invito a presentare un'offerta, dopo lo svolgimento della consultazione degli operatori economici. In virtù della disposizione censurata, la stazione appaltante può prevedere che un certo numero di offerte (non più del

Il TAR, in tale occasione, ha evidenziato che l'attribuzione di un punteggio «*peraltro rilevante*»<sup>420</sup> al solo concorrente che possiede già al momento della presentazione delle offerte il suddetto requisito territoriale, significa di fatto discriminare sotto il profilo territoriale tutti quegli operatori economici che abitualmente operano al di fuori del territorio indicato nel disciplinare di gara, se non addirittura in paesi stranieri, avvantaggiando in modo eccessivo e ingiustificato, quegli operatori che già si trovano ad operare in detto territorio.

A detta del Collegio, infatti, l'interesse sotteso al requisito territoriale previsto può ben essere soddisfatto anche dai concorrenti che, pur non operando di norma nell'ambito territoriale richiesto, possono dotarsi, in caso di aggiudicazione, di uffici operativi attraverso una molteplicità di strumenti

---

50 per cento) debba provenire da micro, piccole e medie imprese toscane, e può così svincolarsi dal rispetto dei criteri generali previsti per la selezione delle imprese da invitare. Ciò posto, la Corte ha ricordato che le disposizioni del Codice che regolano le procedure di gara sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza, e in tale ambito le Regioni (anche ad autonomia speciale) non possono dettare una disciplina da esse difforme (Corte cost. n. 39 del 2020; n. 263 del 2016; n. 36 del 2013; n. 328 del 2011, nn. 411 e 322 del 2008). Ciò vale anche, secondo la giurisprudenza della Corte, per le disposizioni relative ai contratti sotto-soglia (Corte cost. n. 263 del 2016 e n. 184 del 2011, nn. 283 e 160 del 2009 e n. 401 del 2007) senza che rilevi la distinzione tra procedura aperta o negoziata (Corte cost. n. 39 del 2020 e n. 322 del 2008). Su tale assunto la Corte, infatti, ha più volte dichiarato costituzionalmente illegittime norme regionali tese ad avvantaggiare le imprese locali, sia nel settore degli appalti pubblici (Corte cost., n. 28 del 2013 e n. 440 del 2006) sia in altri ambiti (ad esempio, Corte cost. 221 del 2018 e n. 190 del 2014). La norma impugnata disciplinava una fase della procedura negoziata di affidamento dei lavori pubblici sotto-soglia ed è dunque riconducibile all'ambito delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, che, in quanto attinenti alla «tutela della concorrenza», sono riservate alla competenza esclusiva del legislatore statale (Corte cost., n. 28 del 2013). Considerata nel suo contenuto, poi, la norma censurata è di ostacolo alla concorrenza in quanto, consentendo una riserva di partecipazione per le PMI radicate unicamente nel territorio toscano, altera la *par condicio* fra gli operatori economici interessati all'appalto. Da ciò è conseguito che la norma impugnata è risultata in contrasto con i seguenti parametri interposti: a) con l'art. 30, comma 1, del Codice, perché viola i principi di libera concorrenza e non discriminazione in esso sanciti; b) con l'art. 36, comma 2, del Codice, perché introduce una possibile riserva di partecipazione (a favore delle PMI locali) non consentita dalla legge statale. Inoltre, nessuna delle considerazioni addotte dalla Regione è risultata idonea a giustificare una norma che non era diretta a favorire le PMI *tout court*, bensì unicamente le «micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio regionale», nel perseguimento di un obiettivo che altera la concorrenza in contrasto con quanto previsto dalla normativa statale in materia. La Corte ha quindi concluso per l'illegittimità costituzionale della normativa regionale. Sull'argomento sia consentito il rinvio a A. COIANTE, *È incostituzionale la legge regionale che riserva la partecipazione alle procedure ex art. 36 del Codice alle PMI con sede nel territorio regionale*, in *lamministrativista.it*, 28 maggio 2020. Per approfondimenti si v. S. FRANCIOSI, *Inc Costituzionale il favor territoriale per p.m.i. negli appalti pubblici (nota a Corte cost. 98/2020)*, in *Giustiziainsieme.it*, giugno 2020.

<sup>420</sup> Era stata prevista l'attribuzione di 6 punti in più per il concorrente che avrebbe garantito il requisito territoriale indicato sin dal momento della presentazione delle offerte.

negoziali di durata pari al contratto stipulato con la stazione appaltante, senza in tal modo doversi assumere un onere economico del tutto ingiustificato<sup>421</sup>.

Dall'analisi delle sentenze richiamate, emerge che la giurisprudenza amministrativa, negli ultimi anni, ha tendenzialmente ritenuto illegittime le clausole di territorialità rispondenti a determinati requisiti: la regola generale sarebbe quella di non poter ritenere legittime clausole che impongano di avere una sede operativa in un dato ambito territoriale quale requisito di partecipazione alle procedure di gara<sup>422</sup>.

Tale regola, secondo la giurisprudenza esaminata, potrebbe subire delle modulazioni nei casi in cui la stazione appaltante concretizzi la suddetta esigenza territoriale non già ponendola quale requisito di partecipazione, ma come modalità di esecuzione del contratto e, più in particolare, quale condizione per la stipula dello stesso.

In ogni caso viene richiesto alla stazione appaltante di fornire un'adeguata motivazione<sup>423</sup> in merito alla necessità di imporre determinate delimitazioni territoriali, ritenute, dalla stessa, indispensabili ai fini del corretto svolgimento dell'appalto.

Date le innumerevoli possibili differenziazioni – di cui le sentenze ricordate rappresentano solo una parte – la legittimità del bilanciamento operato, di volta in volta, dalle singole stazioni appaltanti andrebbe verificato, secondo quanto

---

<sup>421</sup> In un particolare ambito, ossia quello di smaltimento e riciclaggio dei rifiuti urbani, il Giudice amministrativo, invece, ha ritenuto legittima una clausola territoriale, prevista quale requisito di partecipazione, che imponeva l'ubicazione dell'impianto di stoccaggio dei rifiuti entro trenta chilometri dal centro comunale (Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2017, n. 2238 che conferma la pronuncia del TAR, Lazio, Roma, sez. II-ter, 8 febbraio 2017, n. 2115). In tale occasione, è stato sottolineato che l'art. 181 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 in tema di frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio ed al recupero, ammette la libera circolazione sul territorio nazionale ma esprime il proprio *favor* per il principio di prossimità agli impianti di recupero il quale è, tra l'altro, funzionale alla riduzione degli impatti ambientali derivanti dalla movimentazione dei rifiuti, esigenza che si pone del tutto in linea con il canone della ragionevolezza.

<sup>422</sup> Come visto è stato riconosciuto un carattere anticoncorrenziale anche a quelle clausole che richiedevano l'ubicazione della sede operativa entro una certa distanza quale criterio tecnico per il riconoscimento di un maggior punteggio in sede di gara. In tal senso: Cons., Stato, sez. V, 12 luglio 2004, n. 5049 e TAR Lazio, Latina, Sez. I, 20 dicembre 2017, n. 637.

<sup>423</sup> Come visto – sulla base dei diversi bilanciamenti di interessi compiuti dal giudice amministrativo nelle richiamate pronunce – per adeguata motivazione può intendersi una giustificazione che, a fronte di una concreta e proporzionata necessità della stazione appaltante, possa resistere nel bilanciamento da compiersi con il principio di tutela della concorrenza, quello di non discriminazione e di massima partecipazione alle procedure.

stabilito anche dai giudici amministrativi<sup>424</sup>, proprio caso per caso a seconda dell'oggetto dei singoli appalti in base al quale il g.a. è tenuto ad accertare la proporzionalità dell'esigenza dell'amministrazione aggiudicatrice di inserire, all'interno della *lex specialis*, un dato requisito di territorialità<sup>425</sup>.

In ogni caso, come visto, sembrerebbero poter resistere al vaglio di legittimità solamente quelle clausole che spostano la richiesta del requisito della territorialità al momento non della partecipazione delle imprese alla procedura di gara, bensì al momento dell'esecuzione del contratto, quale requisito per la stipula dello stesso<sup>426</sup>.

Solamente così facendo, infatti, verrebbe garantita la più ampia partecipazione alle procedure, nel rispetto del principio di libera concorrenza e,

---

<sup>424</sup> Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854 che, richiamando il principio espresso da Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2015, n. 3954, ha evidenziato che la questione della territorialità dei soggetti invitati vada risolta, caso per caso, alla luce delle concrete caratteristiche della prestazione oggetto di gara. In relazione a tale pronuncia si veda R. MANGANI, *Appalti sottosoglia, servono motivazioni solide per derogare al principio della rotazione degli incarichi*, in *Ed. terr.*, 15 gennaio 2018, in cui viene sottolineato che le argomentazioni del Consiglio di Stato, in merito al requisito di territorialità previsto nel caso di specie, non sono apparse convincenti in quanto sotto il profilo pratico, non è parsa comprensibile la ragione per cui per lo svolgimento di un servizio come quello del caso (il servizio di allestimento palchi e servizi tecnici per una manifestazione) sarebbe stato necessario avere la sede operativa in prossimità del luogo di svolgimento del servizio stesso. È stato ritenuto invece del tutto plausibile che anche imprese aventi la sede in località più distanti avrebbero potuto svolgere, attraverso un'adeguata organizzazione, il servizio richiesto con la medesima efficienza delle imprese locali. Dal punto di vista concettuale poi il fenomeno del così detto localismo è stato ritenuto contrario ai principi generali dell'evidenza pubblica, con particolare riferimento non solo a quelli di non discriminazione e di parità di trattamento ma anche ai principi comunitari di libera prestazione dei servizi e di libertà di circolazione delle imprese.

<sup>425</sup> In tal senso si vede anche TAR Piemonte, Torino, sez. I, 16 luglio 2019, n. 811. Nella fattispecie sottoposta al suo vaglio il TAR, specificando che le questioni relative alle clausole di territorialità debbano essere risolte caso per caso, ha ritenuto legittima una clausola di territorialità in quanto: i) l'esigenza posta a fondamento del requisito di territorialità era stata adeguatamente motivata dalla stazione appaltante; ii) la condizione doveva essere soddisfatta entro 40 giorni sicché non imponeva all'offerente un onere di immediata organizzazione dell'attività e non impediva la partecipazione a imprese che non avessero sede o uffici nel confine territoriale indicato (nel caso di specie era una città metropolitana). Come visto dalla giurisprudenza richiamata, invece, in particolari settori (quali ad esempio quello dei rifiuti urbani) è stato il legislatore stesso a compiere, *ex ante*, il bilanciamento tra l'apertura alla massima partecipazione alle procedure di gara e le peculiari esigenze dei singoli appalti (e delle singole stazioni appaltanti), riconoscendo, come visto un *favor* per il principio di prossimità degli impianti di stoccaggio dei rifiuti. Tale diversificazione sarebbe dovuta alla sussistenza di un altro interesse da tutelare ossia quello dell'impatto ambientale che potrebbe essere lesa dalla movimentazione dei rifiuti e che può dunque contemperarsi con quello della "libera circolazione sul territorio nazionale". In tal senso la già ricordata pronuncia Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2017, n. 2238.

<sup>426</sup> Con riguardo a tale ultimo aspetto, la giurisprudenza ha chiarito anche che, la violazione dell'impegno assunto con la presentazione dell'offerta, comporta effetti vizianti diretti sul provvedimento di aggiudicazione e, di conseguenza, rende impossibile la stipula del contratto d'appalto. In tal senso, da ultimo TAR Piemonte, Torino, sez. I, 5 settembre 2019 n. 962. Recentemente anche, *ex multis*: TAR Campania, Napoli, Sez. V, 12 febbraio 2019 n. 776.

inoltre, sarebbe solo in questo momento che si sostanzierebbe l'interesse della stazione appaltante a che il contraente abbia a disposizione tutti gli strumenti necessari per garantire l'esecuzione effettiva del servizio oggetto dell'appalto.

Come ricordato più volte dalla giurisprudenza sopra esaminata, infatti, l'interesse sotteso al requisito territoriale previsto ben potrebbe essere soddisfatto anche dai concorrenti che, pur non operando di norma nell'ambito territoriale richiesto, possano dotarsi, in caso di aggiudicazione, di uffici operativi attraverso una molteplicità di strumenti negoziali di durata pari al contratto stipulato con la stazione appaltante, senza in tal modo doversi assumere un onere economico del tutto ingiustificato in quanto fondato su una sola possibile ma non certa aggiudicazione alla gara.

In linea generale, dunque, il principio della libera concorrenza (e quindi l'interesse pubblico ad esso sotteso)<sup>427</sup> deve confrontarsi e contemperarsi con la tutela delle specifiche esigenze delle stazioni appaltanti (che a loro volta si traducono nelle clausole dei bandi di gara) a condizione che esse rispettino non solo i principi previsti nel settore dei contratti pubblici ma anche quelli posti a fondamento dell'azione amministrativa nel suo complesso, tra cui quello di proporzionalità<sup>428</sup>.

In altre parole, il potere discrezionale riconosciuto alle stazioni appaltanti di fissare nella *lex specialis* i requisiti specifici di partecipazione incontra non solo i limiti della ragionevolezza e della proporzionalità della scelta ma anche del rispetto del principio della libera concorrenza<sup>429</sup>.

---

<sup>427</sup> La giurisprudenza ha più volte sottolineato che i principi eurounitari su cui fonda il sistema di selezione dei contratti pubblici sono improntati al criterio per cui è la garanzia dell'effettiva concorrenza a recare in sé la garanzia di efficienza e la scelta migliore delle risorse pubbliche. Recentemente, in tal senso Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2017, n. 3110.

<sup>428</sup> Sul principio di proporzionalità si veda, *ex multis*: A. SANDULLI, *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova, 1998; F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 371 ss.; D.U. GALETTA., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 83 ss.; Id., *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 149 ss.; F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2017.

<sup>429</sup> Cons. St., sez. III, 17 febbraio 2016, n. 641. Similmente anche Cons. St., sez. I, 28 maggio 2014, n. 2775; TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 14 gennaio 2014, n. 466; TAR Lazio, Roma, sez. II, 10 maggio 2016 n. 5470; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 28 maggio 2018 n. 914.

In particolare, infatti, se è pur vero che, come noto, la normativa vigente non preclude alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'esercizio della propria discrezionalità, la possibilità di richiedere dei requisiti di partecipazione ulteriori e anche particolarmente rigorosi rispetto a quelli previsti *ex lege*, è anche vero che gli stessi, ai fini dell'efficiente risultato del contratto e dunque dell'interesse alla buona amministrazione, devono risultare connessi all'oggetto dell'appalto e non possono risultare discriminanti o contrari ai principi generali posti a fondamento della disciplina dei contratti pubblici.

Solamente in tal modo la discrezionalità amministrativa verrebbe esercitata nel rispetto del principio di proporzionalità che guida l'intera azione amministrativa e che in siffatte occasioni diviene funzionale (anche) a garantire l'effettiva concorrenza ossia la concreta contendibilità dell'appalto, nello «*specifico e temporaneo micro-mercato*»<sup>430</sup> che sono le singole procedure di gara.

Nel caso oggetto della prima pronuncia richiamata, tali presupposti non sono risultati sussistenti. La scelta di prevedere, a pena di esclusione, la disponibilità, da parte dei concorrenti di una sede operativa localizzata in frazioni limitrofe e comunque entro la distanza minima di cinquecento metri dal confine comunale non può ritenersi in linea con il principio di proporzionalità né tantomeno idonea a garantire la libera concorrenza.

Se è pur vero che anche in tal caso poteva ritenersi sussistente un'effettiva esigenza di vicinanza territoriale tra l'appaltatore e la sede della stazione appaltante, tale necessità, tuttavia, si è tradotta in un requisito che, posto a pena di esclusione, si è concretizzato in un *favor* per la partecipazione alla gara non solo per le imprese locali ma per le imprese locali con sede nel ristrettissimo perimetro indicato.

Se da un lato, dunque, può riconoscersi, in merito alla natura dell'appalto in questione, la sussistenza dell'esigenza di vicinanza territoriale, dall'altro non può comprendersi né la ristrettissima delimitazione compiuta né la scelta di

---

<sup>430</sup> TAR Lazio, Roma, sez. II, 26 gennaio 2017, n. 1345.

imporla a pena di esclusione impedendo ad imprese aventi sede in località più distanti di poter svolgere, attraverso un'adeguata organizzazione in sede di esecuzione del contratto, il servizio richiesto con la medesima efficienza delle imprese locali.

Né vale l'argomentazione della stazione appaltante secondo cui la "ragionevolezza" della clausola non avrebbe avuto un effetto preclusivo alla partecipazione in quanto le imprese avrebbero potuto ricorrere all'istituto dell'avvalimento ovvero all'associazione temporanea di imprese.

La giurisprudenza amministrativa, infatti, come ricordato anche dalle pronunce sopra esaminate<sup>431</sup>, ha chiarito che l'astratta possibilità di costituire un RTI o di ricorrere all'avvalimento non esclude che una preclusione alla possibile partecipazione individuale dell'impresa si concreti in un *vulnus* al principio del *favor participationis* e, quindi, una lesione sia alla sfera giuridica dell'impresa che non può partecipare individualmente, sia alle finalità pubblicistiche a base della normativa in materia. Questo in quanto la partecipazione in RTI o in avvalimento sono il frutto di scelte discrezionali delle imprese per le quali non è sufficiente la volontà dell'impresa che intende partecipare alla gara, essendo necessaria anche una coincidente volontà delle altre imprese ipoteticamente coinvolte nella costituzione dell'eventuale raggruppamento e dell'impresa o delle imprese ausiliarie nell'avvalimento<sup>432</sup>.

L'inserimento di una qualunque clausola di territorialità quale requisito di partecipazione (con effetti preclusivi per chiunque non possieda il determinato requisito al momento della presentazione delle offerte)<sup>433</sup> e non quale successiva condizione per la stipula del contratto, è stata dunque riconosciuta in contrasto con il principio di proporzionalità che richiede, *inter alia*, l'assenza

---

<sup>431</sup> In particolare, si richiama Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 506.

<sup>432</sup> Sull'utilizzo dello strumento del RTI e i suoi riflessi concorrenziali si veda M. MAZZAMUTO, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2003, 179 ss.

<sup>433</sup> Anche nel caso in cui il requisito di territorialità venga previsto attraverso l'attribuzione di punteggi aggiuntivi per i concorrenti già al momento della presentazione delle offerte. I giudici amministrativi hanno riconosciuto carattere anticoncorrenziale anche a tale clausola.

di qualsiasi altro mezzo idoneo al raggiungimento del medesimo scopo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera dei singoli<sup>434</sup>.

Nei casi esaminati, l'esistenza di una siffatta "altra misura" in grado di raggiungere il medesimo scopo delle clausole di territorialità sindacate, è stata ripetutamente affermata dalla giurisprudenza amministrativa.

Come visto, infatti, affinché l'esigenza di vicinanza territoriale con l'appaltatore, espressa dalle stazioni appaltanti in alcune tipologie di appalti, possa superare il vaglio di legittimità, è necessario che la realizzazione della stessa venga "spostata" al momento della stipula del contratto.

In tal modo, l'iniziale platea dei partecipanti si verrebbe a delimitare nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, *favor participationis* e di tutela della concorrenza: le imprese potrebbero così partecipare liberamente senza alcuna discriminazione territoriale (ovvero senza essere tenute a sostenere, al momento della presentazione dell'offerta, costi ultronei e sproporzionati in vista di una solo eventuale aggiudicazione dell'appalto), impegnandosi, tuttavia, a dotarsi, in caso di aggiudicazione, di uffici operativi nell'ambito territoriale richiesto dal bando, per tutta la durata del contratto da stipulare con la stazione appaltante.

#### 6. *L'istituto del subappalto e la transizione verso l'eliminazione della quota massima subappaltabile tra normativa europea e normativa interna, tra concorrenza e discrezionalità*

---

<sup>434</sup> Secondo parte della giurisprudenza il principio di proporzionalità si articolerebbe in tre diversi profili: a) l'idoneità ossia il rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito. In virtù di tale parametro l'esercizio del potere è legittimo solo se la soluzione adottata consente di raggiungere l'obiettivo; b) necessità ossia l'assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo. Sulla base di tale parametro la scelta tra tutti i mezzi astrattamente idonei deve cadere su quella che comporti il minor sacrificio; c) adeguatezza ossia tollerabilità della restrizione che comporta per il privato. In virtù di tale parametro l'esercizio del potere, pur idoneo e necessario, è legittimo solo se rispecchia una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi, in caso contrario la scelta va rimessa in discussione. In tal senso Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424.

Il subappalto, ad oggi<sup>435</sup>, è disciplinato dall'art. 105<sup>436</sup> del Codice dei contratti pubblici, che lo definisce (comma 2) come quel contratto con il quale «l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto».

Tale definizione pone il subappalto come un'eccezione alla regola contenuta, invece, nel primo comma che prevede l'esecuzione personale e diretta della prestazione dell'appalto da parte del soggetto affidatario<sup>437</sup>.

La sua disciplina, tuttavia, negli ultimi anni è stata ripetutamente modificata sia dal legislatore europeo<sup>438</sup> che da quello nazionale.

---

<sup>435</sup> Nel diritto pubblico, l'istituto è stato contemplato per la prima volta dall'art. 339 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, che prevedeva (con riferimento agli appalti per la realizzazione di opere pubbliche) l'espresso divieto per l'appaltatore di cedere il contratto o subappaltare l'opera assunta «senza il consenso o l'approvazione dell'Autorità competente». L'istituto ha poi formato specifico oggetto di attenzione nell'ambito delle misure di prevenzione delle infiltrazioni di stampo mafioso, particolarmente temute negli appalti di lavori pubblici, in quanto considerato sin da subito come uno strumento che si poteva prestare facilmente alle suddette infiltrazioni (art. 21 l. 13 settembre 1982, n. 646). Il legislatore è poi intervenuto nuovamente con l'art. 18 della l. 19 marzo 1990, n. 55, al fine di stabilire le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione al subappalto da parte delle amministrazioni aggiudicatrici. In tale contesto si è poi inserita la direttiva n. 2004/18/CE che, agli artt. 25 e 60, ha previsto che l'amministrazione aggiudicatrice, con riferimento agli appalti, può chiedere (o essere obbligata da uno Stato membro a farlo) agli offerenti di indicare - restando impregiudicata la loro responsabilità - le parti dell'appalto che intendono subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti. Pur essendo intervenuta in attuazione della direttiva n. 24 e conseguendo così anche l'obiettivo di stabilire una disciplina organica e unitaria del subappalto, la disciplina codicistica, di cui all'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006 e novellata (prima del nuovo Codice) dalla l. n. 9/2014, «integrava un continuum con il pregresso regime di diritto interno», limitandosi sostanzialmente a riprodurre il predetto art. 18 della l. 19 marzo 1990, n. 55 per come risultante dalla successiva modifica introdotta dall'art. 9 della l. 18 novembre 1998, n. 415. Così G. A. GIUFFRÈ, *Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*, Riv. it. dir. pubbl. com., 1, 2018, 85 ss. La disciplina del Codice del 2006 è stata poi integrata da quella del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) nel quale il subappalto ha trovato disciplina all'art. 170, relativo esclusivamente ai lavori. In tale contesto si è andato poi ad inserire il nuovo pacchetto di direttive del 2014. Per una puntuale ricostruzione dell'*excursus* normativo in materia v. anche F. CARUSO, A. LINGUITI, *Il subappalto*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, op. cit., 827 ss.; A. CASTELLI, M. LOCHE, *L'istituto del subappalto nel sistema normativo italiano: tra dubbi interpretativi e problemi di conformità*, in *Urb. app.*, 5, 2020, 648 ss.

<sup>436</sup> Tale disposizione disciplina in maniera unitaria il subappalto negli appalti di lavori, servizi e forniture mentre il subappalto per le concessioni viene regolato separatamente dall'art. 174, ciò contrariamente a quanto avveniva nel previgente art. 118 del d.lgs. 163/2006 che disciplinava l'istituto senza distinguere tra appalti e concessioni.

<sup>437</sup> Cfr. F. CARUSO, A. LINGUITI, op. cit., ove viene specificato che il contratto di subappalto non dà luogo ad un fenomeno di subentro o di cessione del contratto d'appalto intercorrente tra l'appaltatore e il committente: l'affidatario (appaltatore) rimane responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante dell'intera prestazione assunta, dal momento che il contratto di subappalto, benché richieda l'autorizzazione da parte del committente, si inserisce nei rapporti personali intercorrenti tra appaltatore e subappaltatore.

<sup>438</sup> L'istituto del subappalto è stato disciplinato in maniera organica nel pacchetto di direttive del 2004 (artt. 25 e 60 dir. 2004/18/CE) e poi da quello del 2014 (art. 71 dir. 2014/24/UE). Rispetto alle previgenti direttive quelle del 2014 includono al loro interno, per la prima volta, alcune finalità che fino a quel

Le modifiche intervenute a livello nazionale sono state compiute sia per recepire la disciplina europea, sia soprattutto per tentare di sciogliere i dubbi di compatibilità sorti con quest'ultima a seguito dell'iniziale recepimento.

Le dissonanze tra le due discipline, riscontrate nel corso del tempo, sono state principalmente frutto di una dicotomia culturale sulla visione complessiva dell'istituto: se, da un lato, in ambito europeo il subappalto, infatti, è visto come un istituto in grado di accrescere la concorrenza (garantendo anche una più ampia partecipazione delle PMI)<sup>439</sup>, in ambito nazionale, è visto, invece, come uno "veicolo" per le infiltrazioni criminali<sup>440</sup>. Vieppiù che, come si vedrà, a tale dicotomia se ne lega un'altra di più ampio respiro (più volte richiamata) ossia quella sul valore che lo strumento della discrezionalità amministrativa detiene a livello UE e a livello nazionale. Da qui l'interesse per l'istituto ai fini del presente lavoro di ricerca.

Dalla necessità di far coesistere queste due visioni sono discese le normative interne che potremmo definire "ibride", in quanto, come si vedrà, da un lato, hanno tentato di adeguarsi all'approccio e alla normativa europea, dall'altro, sono risultate "figlie" del retaggio della tradizione interna.

Il legislatore nazionale, infatti, come anticipato, dopo le modifiche apportate alla previgente disciplina tramite il recepimento della nuova disciplina UE da parte dell'art. 105 del vigente Codice<sup>441</sup>, è intervenuto svariate volte e non sempre razionalmente.

---

momento erano appartenute alla legislazione italiana, ossia una maggiore trasparenza e la tutela giuslavoristica. Sono state così ampliate le possibilità per i legislatori nazionali di: imporre l'indicazione dei nomi dei subappaltatori sin dalla fase di gara; di consentire o imporre il pagamento diretto dei subappaltatori da parte delle stazioni appaltanti; di dettare una disciplina di maggior rigore (art. 71 direttiva 2014/24; 88 direttiva 2014/25; 42 direttiva 2014/23) Cfr. R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, op. cit., 1328.

<sup>439</sup> Per i dati a sostegno di tale assunto si v. capitolo III, sezione II, par. 1.1.

<sup>440</sup> Cfr. A. GIACALONE, A. PELOSO, *I limiti al subappalto. Ovvero ciò che ne rimane*, in *Urb e app.*, 2, 2020, 206 ss. Così anche R. DE NICTOLIS, ult. op.cit., 1328 ss., secondo cui la disciplina del subappalto è il risultato di una commistione di principi comunitari (libertà di subappalto) e esigenze nazionali di ordine pubblico e giuslavoristiche: evitare infiltrazioni di organizzazioni criminali e garantire una tutela adeguata ai subappaltatori e ai loro dipendenti.

<sup>441</sup> Sul subappalto nel vigore del Codice del 2006, *ex multis*: N. CENTOFANTI, M. FAVAGROSSA, P. CENTOFANTI, *Il subappalto*, Padova, 2012; A. GUARNIERI, D. TESSERA, *Commento all'art. 118*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di G. F. FERRARI, G. MORBIDELLI, Milano 2013

In tal senso si ricordano gli interventi del correttivo al Codice del 2016 (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)<sup>442</sup>, del decreto c.d. Sblocca cantieri (d.l. 18 aprile 2019, n. 32 convertito con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55)<sup>443</sup> e, da ultimo, quello del c.d. d.l. semplificazioni-governance (d.l. 31 maggio 2021, n. 77 convertito dalla l. 29 luglio 2021, n. 108) che hanno portato alla configurazione dell'attuale regime, contraddistinto da diverse disposizioni *ad tempus*.

Tali interventi, come detto, sono stati compiuti, principalmente, tenendo conto dei diversi dubbi di compatibilità con la disciplina del diritto dell'Unione europea che nel corso degli anni sono emersi a più riprese senza, tuttavia, riuscire a scioglierli del tutto.

---

<sup>442</sup> Su tale riforma v. G. BALOCCO, *La riforma del subappalto e principio di concorrenza*, *Urb. app.*, 2017, 5, 621; G. A. GIUFFRÈ, *Le novità in tema di subappalto*, in *Il correttivo al codice dei contratti pubblici: guida alle modifiche introdotte dal d.lgs 19 aprile 2017 n. 56*, a cura di F. CALDARELLI, M. LIPARI, M. A. SANDULLI, Milano, 2017, 331 ss.

<sup>443</sup> Tale riforma prese piede in parte dalle contestazioni compiute dalla Commissione europea in merito al non corretto recepimento delle direttive del 2014 in materia di subappalto (v. lettera di costituzione in mora del 24.1.2019, per infrazione 2018/2273). La Commissione aveva infatti rilevato diversi profili di incompatibilità: a) i limiti quantitativi del subappalto, non presenti nelle direttive del 2014 e che, a detta della Commissione non potevano essere posti in astratto ma solo caso per caso in relazione alla particolare natura delle prestazioni da svolgere; b) la terna obbligatoria dei subappaltatori ciò in quanto seppur è vero che secondo le direttive le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere agli operatori di indicare "i subappaltatori proposti", è anche vero che una disposizione che obbliga ad indicare sempre tre subappaltatori (anche qualora all'offerente ne occorran meno), viola il principio di proporzionalità; c) il divieto per i subappaltatori di subappaltare a loro volta. L'art. 1 del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 ha quindi (parzialmente) adeguato la normativa ai rilievi della Commissione. Le principali modifiche compiute da tale disposizione possono infatti così riassumersi: a) reintroduzione della previsione secondo cui il subappalto deve essere previsto dal bando di gara; b) modifica del limite quantitativo del subappalto alzandolo dal 30% al 50% dell'importo contrattuale; c) abolizione della necessità di indicare la terna dei subappaltatori; d) abolizione del divieto di subappaltare in favore di un altro partecipante alla medesima procedura di gara; e) abolizione l'obbligo di pagamento diretto del subappaltatore nel caso in cui quest'ultimo fosse una microimpresa o piccola impresa, f) generalizzazione del dovere di pagamento diretto del subappaltatore nel caso in cui quest'ultimo lo richiedesse. In particolare, unicamente le riforme di cui ai punti b) e c) rispondevano direttamente alle indicazioni della Commissione. La l. di conversione (l. 14 giugno 2019, n. 55) tuttavia, non ha recepito tali modifiche ma, scegliendo una soluzione ibrida, ha introdotto un regime transitorio con la previsione di alcune disposizioni che avrebbero operato in deroga temporanea o sospendendo l'applicazione della disciplina codicistica, «*nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici*». Nello specifico in merito al limite quantitativo e alla terna dei subappaltatori nella legge di conversione veniva disposto: a) il limite quantitativo al 40% fino al 31.12.2020; b) sospensione della terna dei subappaltatori fino al 31.12.2020; c) viene disposto, come nella versione originaria del d.l. che il subappalto deve essere indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara. Per approfondimenti v. *ex multis* F. D'ALESSANDRI, *Il subappalto alla luce della legge n. 55/2019 e il difficile rapporto con il diritto europeo*, in *Urb. app.*, 1, 2020, 5 ss.; R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. 32/2019*, *ivi*, 2019, 4, 443; *Id.*, *Appalti pubblici e concessioni*, *op.cit.*, 1331.

L'ultimo intervento riformatore della materia è stato compiuto dall'art. 49 del più volte richiamato d.l. semplificazioni-governance.

In particolare, in deroga alle norme in vigore che prevedono un limite del 30 %<sup>444</sup>, è stato stabilito che – fino al 31 ottobre 2021– il subappalto non possa superare la quota del 50 % dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

È stato poi aggiunto che dal 1° novembre 2021, verrà rimosso ogni limite quantitativo al subappalto, ma le stazioni appaltanti dovranno indicare nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni che saranno essere eseguite obbligatoriamente a cura dell'aggiudicatario<sup>445</sup>.

La modifica appena delineata costituisce solamente l'ultimo tassello di un *excursus* di modifiche che l'istituto del subappalto ha subito, sin dall'approvazione del Codice del 2016, principalmente per adeguare, come anticipato, la disciplina nazionale a quella europea<sup>446</sup>.

---

<sup>444</sup> La disciplina era già stata modificata, come detto, dal c.d. decreto "Sblocca cantieri" (d.l. n. 32 del 2019 conv. in l. n. 55 del 2019) che all'art. 1, comma 18, aveva previsto, «*nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici*» e fino al 31 dicembre 2020, che il subappalto «*non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture*».

<sup>445</sup> In particolare l'art. 49 del richiamato d.l. ha previsto che a partire dal 1 novembre 2021, al comma 2 dell'art. 105, il terzo periodo dovrà essere sostituito dal seguente: «*Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 89, comma 11, dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229*».

<sup>446</sup> La direttiva 2014/24/UE, come risulta dal suo considerando n. 1, ha l'obiettivo di garantire il rispetto, nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare, della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, e dei principi che ne derivano, in particolare la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la trasparenza, nonché di garantire che l'aggiudicazione degli appalti pubblici sia aperta alla concorrenza. In particolare, a tal fine, la predetta direttiva prevede espressamente, al suo articolo 63, paragrafo 1, la possibilità per gli offerenti di fare affidamento, a determinate condizioni, sulle capacità di altri soggetti, per soddisfare determinati criteri di selezione degli operatori economici. Inoltre, l'art. 71 della medesima direttiva, che riguarda specificamente il subappalto, al suo paragrafo 2 dispone che l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti. Ne deriva che, al pari della direttiva 2004/18 abrogata dalla direttiva 2014/24, quest'ultima sancisce la

La CGUE, infatti, con la nota sentenza “Vitali”<sup>447</sup>, ha ritenuto la previsione del suddetto limite del 30 %, prevista dall’art. 105 del Codice, contraria al diritto europeo.

Ciò in quanto, a detta della Corte, la previsione interna vieterebbe «*in modo generale ed astratto*» il ricorso al subappalto oltre una percentuale fissa, applicando così il divieto «*indipendentemente dal settore economico interessato dall’appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall’identità*

---

possibilità, per gli offerenti, di ricorrere al subappalto per l’esecuzione di un appalto, purché le condizioni da essa previste siano soddisfatte. Si v., in tal senso, per quanto riguarda la direttiva 2004/18, la pronuncia della CGUE, C-406/14, ove la Corte ha stabilito che «*una clausola del capitolato d’oneri di un appalto pubblico di lavori che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell’appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, è incompatibile con tale direttiva*». Sul tema si v. tra i contributi più recenti: A. GIUSTI, *Il subappalto nei contratti pubblici fra certezze europee e incertezze nazionali*, in *Giur. it.*, 2020, 1, 157.

<sup>447</sup> Si fa riferimento alla pronuncia della CGUE, 26 settembre 2019, C-63/18. La pronuncia trova origine dalla procedura ristretta, indetta da Autostrade per l’Italia nel mese di agosto 2016, per l’affidamento di alcuni lavori di ampliamento del circuito autostradale. Da tale procedura scaturiva un contenzioso instaurato dalla Vitali S.p.a. esclusa dalla gara poiché aveva superato il limite del 30% del subappalto previsto dall’art. 105 del Codice. L’impresa, davanti ai giudici nazionali, lamentava che la disciplina fosse, tra le altre cose, in contrasto con il diritto dell’Unione. Il giudice del rinvio (TAR Lombardia, Milano, ord., 19 gennaio 2018, n. 148), pur ricordando che il legislatore nazionale era legittimato a imporre in materia di subappalto limiti più rigorosi rispetto a quelli previsti dal diritto UE, sottolineava che la previsione di un limite generale e astratto del 30% poteva rendere difficoltoso l’accesso delle imprese (in particolare le MPMI) agli appalti pubblici, così ostacolando l’esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Da qui il rinvio alla CGUE con il seguente quesito: «*Se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), l’articolo 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all’applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell’articolo 105, comma 2, terzo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture*». La CGUE era già intervenuta, in passato, sul tema del subappalto, pur se in maniera meno penetrante. Si fa riferimento, in primo luogo, alla pronuncia del 22 ottobre 2015, C-425/14 ove veniva dichiarata l’illegittimità di una clausola di un bando che imponeva ai partecipanti di dichiarare, a pena di esclusione, l’intenzione di non subappaltare alcun tipo di lavorazione ad altre imprese partecipanti alla gara e che, in mancanza, in ogni caso, tali subappalti non sarebbero stati autorizzati. Secondo la Corte una siffatta clausola, presumendo la collusione tra le imprese senza lasciare la possibilità di provare il contrario, violava il principio di proporzionalità rispetto al fine di prevenire comportamenti collusivi. Altra pronuncia di particolare rilievo è stata la sentenza “Wroclaw” (CGUE, 14 luglio 2016, C-406/14) ove veniva stabilito che la facoltà per gli offerenti di ricorrere al subappalto deve considerarsi, in linea di principio, illimitata, salvo il diritto per le amministrazioni aggiudicatrici, per quanto riguarda le parti essenziali dell’appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori nel caso in cui non sia stata in grado di verificare le loro capacità nella fase di valutazione delle offerte. Da qui ne è discesa la dichiarazione di illegittimità di una clausola del bando che imponeva una limitazione al ricorso a subappaltatori per una parte dell’appalto fissata in maniera astratta, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità degli eventuali subappaltatori. Per approfondimenti su tali e altre pronunce della CGUE in materia si rimanda a F. D’ALESSANDRI, ult. op. cit., 8 ss.

*dei subappaltatori», anche laddove «l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione».*

Inoltre, secondo la CGUE, un siffatto divieto generale, non lascerebbe alcuno spazio di «*valutazione caso per caso*» alle Amministrazioni aggiudicatrici.

Tale pronuncia può dirsi frutto dell'approccio europeo all'intera materia dei contratti pubblici, fondato su due corollari: garantire la massima partecipazione alle procedure di gara e fornire alle stazioni appaltanti maggiori spazi valutativi-discrezionali, nell'ottica di garantire – attraverso la tutela della concorrenza – l'efficienza del mercato in questione.

Questa visione – che, come visto nei capitoli precedenti, permea le direttive del 2014 nel loro intero – tuttavia, si scontra spesso con quella propria dell'ordinamento italiano, che, sin dalla legge di contabilità dello Stato<sup>448</sup>, vede la discrezionalità dell'Amministrazione come uno strumento capace di aprire più facilmente la strada a fenomeni collusivi e corruttivi tra imprese e funzionari infedeli.

Lo Stato italiano, pertanto, davanti alla CGUE aveva giustificato la necessità di un siffatto limite al subappalto (non presente in alcun modo nelle direttive UE) – limitativo sia della concorrenza che della discrezionalità delle stazioni appaltanti – proprio alla luce «*delle particolari circostanze presenti in Italia, dove il subappalto ha da sempre costituito uno degli strumenti di attuazione di intenti criminosi*» e ne aveva riconosciuto la compatibilità con le direttive UE poiché le stesse consentirebbero agli Stati membri di prevedere misure diverse da quelle specificamente elencate nella direttiva 2014/24, al fine di garantire, in particolare, il rispetto del principio di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (principio a cui è stata dedicata una particolare attenzione nel contesto della richiamata direttiva).

---

<sup>448</sup> R.D. 8 novembre 1923, n. 2240 e R.D. 23 maggio 1924, n. 827.

Sul punto veniva specificato, come anticipato, che la limitazione del ricorso al subappalto in questione avrebbe trovato la propria *ratio* nelle particolari circostanze presenti in Italia, dove il subappalto ha da sempre costituito uno degli strumenti di attuazione di intenti criminosi: limitando la parte dell'appalto che può essere subappaltata, la normativa nazionale avrebbe così voluto rendere meno appetibile, per le associazioni criminali, il coinvolgimento nelle commesse pubbliche, consentendo così di prevenire il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nelle commesse pubbliche e, conseguentemente, di tutelare l'ordine pubblico.

La CGUE, anzitutto, ha ricordato di aver già riconosciuto in passato il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici, come un obiettivo legittimo in grado di giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici<sup>449</sup>.

Tuttavia, la Corte non ha considerato meritevoli di apprezzamento le difese dello Stato italiano in quanto anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare il suddetto fenomeno, una restrizione come quella in questione eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo. Vieppiù che è stato ricordato che «*il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese*».

Pertanto, una restrizione al ricorso del subappalto come quella di cui trattasi non è stata ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24.

A seguito di tale pronuncia l'ANAC aveva prontamente inviato un atto di segnalazione al Governo e al Parlamento ove erano state prospettate diverse

---

<sup>449</sup> In tal senso è stata ricordata la pronuncia 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14)

possibili soluzioni in merito ai vari profili critici emersi a seguito della pronuncia della CGUE.

In particolare, l'Autorità evidenziava che la Corte di Giustizia, pur stabilendo la non conformità al diritto UE del limite quantitativo al subappalto, non ha sancito la possibilità per gli offerenti di ricorrere illimitatamente al subappalto.

Un eventuale subappalto al 100% delle prestazioni oggetto del contratto (ovvero di una parte rilevante di esse), infatti, avrebbe come conseguenza quella di far svolgere la commessa, di fatto, a soggetti terzi e non al soggetto aggiudicatario. Ciò andrebbe contro la natura stessa del subappalto sancita anche dal ricordato art. 105, comma 1, del Codice che vede quale regola generale l'esecuzione personale e diretta della prestazione dell'appalto da parte del soggetto affidatario. Con tale disposizione – che vede il subappalto come eccezione alla regola – il legislatore ha infatti inteso evitare che un'impresa partecipi alla gara al solo fine di aggiudicarsi il contratto per delegarne poi la sostanziale esecuzione a soggetti terzi non verificati in gara.

Peraltro, ricordava l'ANAC, l'art. 71 della direttiva 24/2014 prevede che nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice possa chiedere o possa essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare nell'offerta le eventuali "parti dell'appalto" che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti: con l'inciso "parti dell'appalto" anche la richiamata disposizione UE lascerebbe quindi intendere che la regola generale cui attenersi è quella del subappalto di porzioni della prestazione e non dell'intera commessa.

Dalle riflessioni della CGUE si può poi vincere, infatti, che la Corte ha dichiarato l'illegittimità di un limite quantitativo al subappalto generalizzato, astratto e indiscriminato rispetto al settore economico interessato, alla natura dei lavori o all'identità dei subappaltatori e non ha trovato conforme alla normativa europea anche il fatto che la disciplina interna non lasciasse alle stazioni appaltanti alcuno spazio per valutazioni "caso per caso" circa l'effettiva necessità di una restrizione al subappalto stesso.

Per tali ragioni, secondo l’Autorità, il giudice europeo non avrebbe stabilito la possibilità di ricorrere al subappalto illimitatamente ma avrebbe solamente chiesto che i limiti allo stesso rispettino il principio di proporzionalità.

L’ANAC, in conclusione alla sua segnalazione, ipotizzava, dunque, che la regola generale avrebbe dovuto essere quella del subappalto senza limitazioni quantitative a priori, tuttavia, sarebbe stato comunque necessario prevedere dei “contrappesi”: da qui l’ipotesi di inserire l’obbligo in capo alla stazione appaltante – al pari di quanto avviene per la suddivisione in lotti<sup>450</sup> – di motivare adeguatamente un eventuale limite al subappalto in relazione ai singoli e specifici contesti di gara<sup>451</sup>.

Sull’argomento è intervenuta più volte anche l’AGCM.

Pare utile ricordare, in particolare, la recente segnalazione che l’Autorità ha inviato al Governo in vista della legge annuale sulla concorrenza<sup>452</sup>, ove, in merito al subappalto, veniva ribadita<sup>453</sup> la necessità di «rimuovere le disposizioni in materia di subappalto che contrastano con la disciplina eurounitaria e ostacolano ingiustificatamente la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica».

---

<sup>450</sup> Sul tema si rinvia al Capitolo III, sezione II, parr. 2 ss.

<sup>451</sup> Alcuni dei criteri da tener presente in tal senso sarebbero potuti essere, secondo l’Autorità, quelli indicati dalla Corte ossia il settore merceologico o economico di riferimento, la natura (principale/prevalente o accessoria) della prestazione, ma anche specifiche esigenze che richiedono di non parcellizzare l’appalto, con finalità di carattere preventivo rispetto a fenomeni di corruzione, spartizioni o rischio di infiltrazioni criminali o mafiose, ma anche per una più efficiente e veloce esecuzione delle prestazioni.

<sup>452</sup> Segnalazione del 23 marzo 2021 consultabile sul sito dell’Autorità al seguente link: <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/S4143%20-%20LEGGE%20ANNUALE%20CONCORRENZA.pdf>

<sup>453</sup> Si ricorda anche la nota del 27 ottobre 2020 “*Normativa sui limiti del subappalto*” ove veniva affermato che «*In termini generali, l’Autorità ritiene che eventuali limiti all’utilizzo del subappalto dovrebbero essere proporzionati all’obiettivo di interesse generale che si intende perseguire e giustificarsi in relazione al caso concreto, sulla base di criteri ben definiti e motivati dalla stazione appaltante in sede di gara. Ad esempio, le caratteristiche strutturali del mercato di riferimento potrebbero giustificare un limite al ricorso al subappalto laddove, in presenza di un limitato numero di possibili imprese partecipanti alla gara, il suo utilizzo potrebbe favorire l’attuazione di intese spartitorie. Ulteriori restrizioni potrebbero derivare dalla particolare natura delle prestazioni dedotte in contratto o da esigenze di sicurezza nella fase di esecuzione. In casi eccezionali la stazione appaltante potrebbe motivatamente imporre il divieto di subappalto del/ l’intera commessa, in considerazione delle particolari specificità dell’appalto. Inoltre, l’obbligo di indicare, già in sede di offerta, la quota parte dell’appalto e i lavori che si intendono subappaltare, oltre all’identità degli eventuali subappaltatori, potrebbe consentire alle stazioni appaltanti di individuare preventivamente i soggetti incaricati e di effettuare le opportune verifiche circa la loro capacità e affidabilità, al fine di prevenire rischi di corruzione e collusione nelle fasi di affidamento ed esecuzione dell’appalto*».

In particolare, veniva suggerito di: (i) eliminare la previsione generale e astratta di una soglia massima di affidamento subappaltabile; (ii) prevedere l'obbligo in capo agli offerenti che intendano ricorrere al subappalto di indicare in sede di gara la tipologia e la quota parte di lavori in subappalto, oltre all'identità dei subappaltatori; (iii) consentire alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all'utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati in considerazione della struttura del mercato interessato, della natura delle prestazioni o dell'identità dei subappaltatori.

Prima della pronuncia della CGUE e delle indicazioni "interne" ora ricordate, il legislatore interno, come detto, con la legge. "Sblocca-cantieri", aveva già modificato la soglia del subappalto innalzandola al 40% (sino al 31.12.2020).

A due anni dalla sentenza esaminata della CGUE, e a seguito delle indicazioni ricevute anche dalle "autorità interne", tuttavia, il legislatore ha riproposto nuovamente un limite quantitativo, generalizzato e astratto al subappalto, senza fornire alcun spazio discrezionale alle stazioni appaltanti.

Seppure possa consolare il fatto che sia stato stabilito solo per un periodo di tempo definito (ossia fino al 31 ottobre 2021) non si comprende la ragionevolezza di siffatta scelta.

Vieppiù che è stato comunque stabilito (e ciò in linea con la disciplina europea) che dal 1° novembre 2021 non vi saranno più limiti in tal senso.

Dunque, perché inserire ancora una volta un limite quantitativo di questo tipo già riconosciuto contrario alla normativa e ai principi UE?

Come affermato dalla giurisprudenza amministrativa, infatti, non sarebbe rilevante, ai fini della compatibilità con il diritto eurounitario, l'esistenza di una percentuale subappaltabile (sia essa del 30% oppure del 40% o del 50%), ma la

predeterminazione in via generale e astratta di una soglia quantitativa che impedisca una «*valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore*»<sup>454</sup>.

Dunque, pur se transitoria, la disciplina delineata dal legislatore nazionale risulta, ancora una volta, non in linea con le indicazioni della CGUE né con quelle suggeritegli dalle Autorità di settore.

Diverso discorso può farsi, invece, per la disciplina che sarà in vigore dal 1° novembre 2021. Al comma 2 dell'art. 105 verrà infatti inserito un nuovo periodo che prevede che le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di cui all'art. 30 c.c.p., previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, e eventualmente utilizzando i pareri delle Prefetture competenti, indicheranno nei documenti di gara le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto da eseguire esclusivamente a cura dell'aggiudicatario in ragione: a) delle caratteristiche specifiche dell'appalto; b) dell'esigenza tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori; c) ovvero dell'esigenza di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, salvo che i subappaltatori siano iscritti nelle “white list” ovvero nell'anagrafe antimafia.

Sembrerebbe quindi che, a seguito di un lungo e travagliato *excursus*, dal 1° novembre verranno rimossi i vigenti limiti al subappalto che, nella vigenza della nuova normativa, verranno delineati “*a contrario*” attraverso l'individuazione – caso per caso – delle prestazioni che dovrà effettuare

---

<sup>454</sup> In tal senso TAR Valle d'Aosta, 3 agosto 2020, n. 34; similmente anche Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389, secondo cui «*Il limite del 30% per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture, posto all'affidamento in subappalto dall'art. 105, co. 2, del codice dei contratti pubblici deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 settembre 2019 (C -63/18) e 27 novembre 2019 (C -402/18)*»; in senso contrario si v. TAR Lazio, Roma, sez. III, 3 novembre 2020, n.11304, secondo cui: «*la Corte di Giustizia dell'UE 26 settembre 2019 C-63/18, pur avendo censurato il limite del subappalto previsto dal diritto interno nella soglia del 30% dei lavori, non esclude la compatibilità con il diritto dell'Unione di limiti superiori. Di conseguenza la Corte ha considerato in contrasto con le direttive comunitarie in materia il limite fissato, non escludendo invece che il legislatore nazionale possa individuare comunque, al fine di evitare ostacoli al controllo dei soggetti aggiudicatari, un limite al subappalto proporzionato rispetto a tale obiettivo. Pertanto non può ritenersi contrastante con il diritto comunitario l'attuale limite pari al 40% delle opere, previsto dall'art. 1, comma 18, della legge n. 55/2019*».

necessariamente l'aggiudicatario e la cui "necessarietà" dovrà essere motivata dall'amministrazione aggiudicatrice in sede di determina a contrarre.

### CAPITOLO III

#### SEZIONE II

#### L' "INCONTRO" TRA LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E LA CONCORRENZA PER IL MERCATO NELLA TUTELA DELLE PMI

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>455</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>456</sup>.

Dato il loro rilievo all'interno del mercato unico<sup>457</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 Comunicazione – adottata dalla Commissione nel giugno 2008 – "*Uno Small*

---

<sup>455</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>456</sup> F. GOUARDÈRES, *Piccole e medie imprese, note sintetiche sull'Unione europea*, in *eurparl.europa.eu*, 2018.

<sup>457</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*».

*Business Act per l'Europa*”<sup>458</sup> (c.d. SBA), ispirata al principio imprenditoriale statunitense del *Think Small First*<sup>459</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>460</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>461</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».

Le soluzioni alle principali barriere all’ingresso di tale mercato per le PMI, venivano così riassunte: 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

---

<sup>458</sup> COM (2008) 394

<sup>459</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*, Cambridge University Press, 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, 2016-12, 361 ss.

<sup>460</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 beneficino della crescita dei mercati.

<sup>461</sup> Bruxelles, 25.06.2008, SEC (2008) 2193, consultabile sul sito [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

capacità e requisiti finanziari proporzionati; v) alleggerire gli oneri amministrativi<sup>462</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.

Poco dopo, nel marzo 2010<sup>463</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>464</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>465</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>466</sup>.

Con particolar riguardo al mercato dei contratti pubblici, l'intervento di sistema di maggior impatto<sup>467</sup> a tutela delle PMI è stato, senza dubbio, il pacchetto di direttive del 2014<sup>468</sup>.

---

<sup>462</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.

<sup>463</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>464</sup> COM (2010) 2020.

<sup>465</sup> COM (2011) 15 del 27.1.2011.

<sup>466</sup> Cfr. R. RINALDI, *Art. 31, Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. PERFETTI, 296.

<sup>467</sup> Ciò in quanto i precedenti interventi a livello UE erano stati per lo più «*suggerimenti 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>468</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'avvalimento.

Tale intervento riformatore<sup>469</sup>, in linea con la strategia “Europa 2020”<sup>470</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>471</sup>.

Infatti, come visto<sup>472</sup>, accanto e in aggiunta al primario e tradizionale obiettivo di garantire la concorrenza di tale mercato, è stata posta 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<sup>473</sup>, 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, ma 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”.

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

---

<sup>469</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 le 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>470</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>471</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 l’introduzione di alcuni istituti finalizzati (implicitamente) a tutelare tali imprese (ad es. la suddivisione degli appalti in lotti).

<sup>472</sup> Si v. capitolo II sez. I parr. 2.3. ss.

<sup>473</sup> Si v. in particolare i considerando 40 e 41 della direttiva 2014/24. Sul tema v. C. MARZUOLI, S. TORRICELLI, *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, 2017.

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>474</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>475</sup>.

Si pensi, in primo luogo, al considerando n. 78 sempre della direttiva 2014/24 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*

---

<sup>474</sup> Così M.P. CHITI, *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>475</sup> Sul punto v. L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, op. cit., 143.

*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>476</sup>, dando così particolar rilievo – rispetto al passato<sup>477</sup> – a tale strumento.

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>478</sup>.

---

<sup>476</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>477</sup> La suddivisione degli appalti in lotti non è una novità. Era infatti previsto anche nel pacchetto 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>478</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».

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>479</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»*.

Sulla stessa linea si pone anche la direttiva sulle concessioni (2014/23)<sup>480</sup> 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*

---

<sup>479</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>480</sup> 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»*.

*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*».

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>481</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*».

Per tale ragione la necessità di migliorare ancora il loro accesso al mercato viene inserita all'interno delle “sei priorità strategiche”<sup>482</sup> individuate dalla Commissione, le quali, secondo la stessa, attraverso un'azione chiara e

---

<sup>481</sup> COM (2017) 572.

<sup>482</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*».

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>483</sup>, è stato evidenziato come 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>484</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 (nei successivi paragrafi) 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 diversi atti (anche) normativi dell’UE ma anche di diversi studi e *report* che ne hanno indagato l’effettiva partecipazione a tale mercato.

In particolare, si segnala il report della Commissione europea “*Analysis of the SMEs’ participation in public procurement and the measures to support*

---

<sup>483</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>484</sup> Pag. 11 della Comunicazione.

it”<sup>485</sup> che ha preso in considerazione gli anni dal 2014 al 2017 e di cui si intende riassumere brevemente i risultati raggiunti per quanto qui di interesse<sup>486</sup>.

Nel report, è stato evidenziato che la partecipazione delle PMI nelle procedure soprasoglia, 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>487</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>488</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 aggiunga che il tasso di partecipazione “indiretta” delle PMI (es. come subappaltatori) è molto più alto di quella “diretta” in veste di contraente principale: è emerso infatti che le PMI acquisiscono circa il 16% in più di valore dai contratti attraverso una partecipazione indiretta piuttosto che diretta.

Se si va poi a guardare ai singoli Stati membri le differenze sono notevoli:

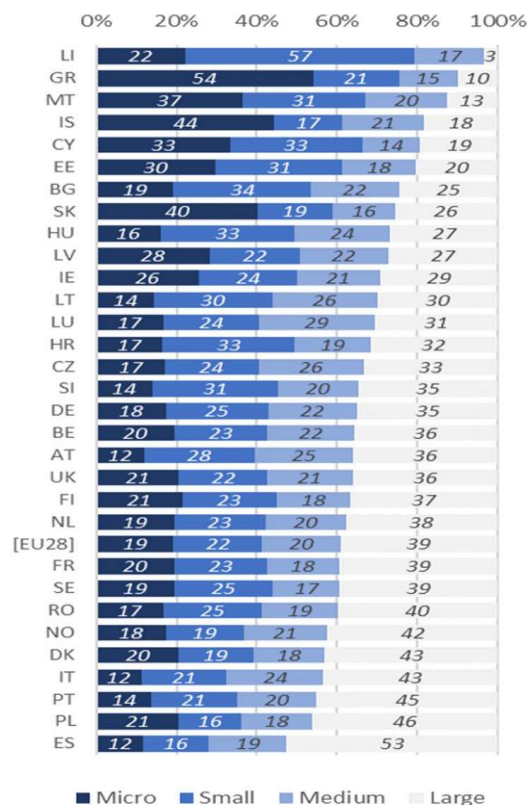
---

<sup>485</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>486</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, ICF-GHK and ECORYS, 2014.

<sup>487</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>488</sup> In particolare, nello studio sono stati esaminati 11 paesi e tale percentuale per le procedure soprasoglia degli stessi paesi corrispondeva al 57%



Share of above-threshold contracts directly awarded to SMEs – by number of awards<sup>489</sup>

Dalla tabella si evince come il volume di contratti vinti dalle PMI sia stato più alto in Paesi di piccole dimensioni mentre, i grandi Stati membri – tranne la Germania<sup>490</sup> – si pongono nella metà inferiore della lista.

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.

<sup>489</sup> Tabella estrapolata dal report in analisi a pag. 39.

<sup>490</sup> 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 *Gabiley - 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 *Gabiley*, 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.

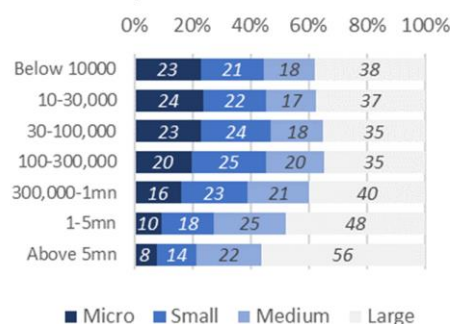
I fattori “chiave” individuati includono: i) le dimensioni del paese (un paese molto piccolo avrà un bisogno limitato di contratti con valore molto elevato); ii) il diverso contesto nazionale (a seconda di come è “costruito” il sistema degli appalti pubblici: un alto livello di decentralizzazione, per esempio, può portare solo a limitate possibilità di aggregazione della domanda).

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 nelle procedure ad evidenza pubblica.

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

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

È stato evidenziato, infatti, che la percentuale di tali imprese che riesce ad aggiudicarsi contratti di valore relativamente basso (inferiore a 300.000 euro)<sup>491</sup> è tra il 62 e il 65%, superata tale quota aumenta anche considerevolmente la quota di aggiudicazione delle grandi imprese.



Share of above-threshold contracts directly awarded to SMEs, by number of award<sup>492</sup>

In particolare, come si evince dalla tabella, la probabilità che le microimprese vincano le procedure per contratti di basso valore è stabile

<sup>491</sup> In particolare, le PMI sarebbero maggiormente presenti nelle procedure di valore tra i 30.000 e i 300.000 euro.

<sup>492</sup> Tabella estrapolata dal report in analisi a pag. 54 dello stesso.

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.

Altro tema analizzato è stato poi quello della suddivisione degli appalti in lotti considerata – anche secondo il report – come una delle pratiche di maggior rilievo per facilitare la partecipazione delle PMI.

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

Per tale ragione, suddividere un contratto in più lotti, riducendo il valore dello stesso, lo rende più accessibile alle imprese di piccole dimensioni.

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 le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a motivare la loro decisione<sup>493</sup> se scelgono di non procedere in tal senso.

Secondo l’analisi condotta, la suddivisione dei contratti in lotti sembra aiutare le PMI, almeno 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 in lotti per tutti i tipi di contratti: rispetto alla mancata suddivisione, la percentuale di

---

<sup>493</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*”.

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.

Anche per quanto riguarda l'utilizzo dello strumento della suddivisione in lotti, se si guarda ai diversi Stati membri, risultano esserci notevoli differenze:

| Country      | Number of CAN  |                |               |                  | In percentage |             |            | Slope      |
|--------------|----------------|----------------|---------------|------------------|---------------|-------------|------------|------------|
|              | No lots        | 2-19 lots      | 20+lots       | Total            | No lots       | 2-19 lots   | 20+lots    |            |
| SI           | 7,547          | 4,905          | 1,025         | 13,477           | 56.0          | 36.4        | 7.6        | 2.2        |
| PL           | 97,253         | 47,471         | 8,347         | 153,071          | 63.5          | 31.0        | 5.5        | 1.7        |
| FR           | 159,993        | 87,183         | 3,949         | 251,125          | 63.7          | 34.7        | 1.6        | 0.2        |
| LI           | 23             | 12             | -             | 35               | 65.7          | 34.3        | 0.0        | 7.0        |
| HU           | 9,985          | 4,188          | 234           | 14,407           | 69.3          | 29.1        | 1.6        | 0.9        |
| HR           | 4,254          | 1,478          | 294           | 6,026            | 70.6          | 24.5        | 4.9        | 5.4        |
| LT           | 11,656         | 3,406          | 255           | 15,317           | 76.1          | 22.2        | 1.7        | 1.2        |
| BG           | 26,148         | 7,638          | 324           | 34,110           | 76.7          | 22.4        | 0.9        | -0.7       |
| SK           | 7,100          | 1,728          | 90            | 8,918            | 79.6          | 19.4        | 1.0        | 0.6        |
| IE           | 4,611          | 997            | 25            | 5,633            | 81.9          | 17.7        | 0.4        | 1.9        |
| IT           | 41,684         | 7,672          | 848           | 50,204           | 83.0          | 15.3        | 1.7        | 1.1        |
| DK           | 13,496         | 2,197          | 113           | 15,806           | 85.4          | 13.9        | 0.7        | 1.6        |
| DE           | 141,239        | 23,203         | 674           | 165,116          | 85.5          | 14.1        | 0.4        | 1.0        |
| NL           | 24,589         | 4,124          | 25            | 28,738           | 85.6          | 14.4        | 0.1        | 0.3        |
| ES           | 58,357         | 9,161          | 533           | 68,051           | 85.8          | 13.5        | 0.8        | 1.4        |
| CZ           | 35,773         | 5,539          | 109           | 41,421           | 86.4          | 13.4        | 0.3        | 0.8        |
| UK           | 63,221         | 9,055          | 339           | 72,615           | 87.1          | 12.5        | 0.5        | 0.3        |
| SE           | 27,219         | 3,562          | 95            | 30,876           | 88.2          | 11.5        | 0.3        | 0.0        |
| BE           | 17,548         | 2,197          | 86            | 19,831           | 88.5          | 11.1        | 0.4        | 1.9        |
| CY           | 2,150          | 255            | 7             | 2,412            | 89.1          | 10.6        | 0.3        | 2.1        |
| GR           | 13,992         | 1,414          | 84            | 15,490           | 90.3          | 9.1         | 0.5        | 2.5        |
| NO           | 13,363         | 1,305          | 19            | 14,687           | 91.0          | 8.9         | 0.1        | 2.0        |
| PT           | 12,458         | 1,092          | 85            | 13,635           | 91.4          | 8.0         | 0.6        | -0.3       |
| RO           | 26,208         | 1,816          | 430           | 28,454           | 92.1          | 6.4         | 1.5        | 5.0        |
| LV           | 9,153          | 585            | 78            | 9,816            | 93.2          | 6.0         | 0.8        | 4.2        |
| FI           | 16,957         | 1,208          | 32            | 18,197           | 93.2          | 6.6         | 0.2        | 2.4        |
| AT           | 15,606         | 1,070          | 55            | 16,731           | 93.3          | 6.4         | 0.3        | 0.8        |
| MT           | 1,817          | 107            | 5             | 1,929            | 94.2          | 5.5         | 0.3        | 1.0        |
| LU           | 2,285          | 118            | -             | 2,403            | 95.1          | 4.9         | 0.0        | 1.0        |
| EE           | 8,299          | 400            | 23            | 8,722            | 95.2          | 4.6         | 0.3        | 3.5        |
| IS           | 378            | 15             | -             | 393              | 96.2          | 3.8         | 0.0        | 2.0        |
| <b>Total</b> | <b>874,362</b> | <b>235,101</b> | <b>18,183</b> | <b>1,127,646</b> | <b>77.5</b>   | <b>20.8</b> | <b>1.6</b> | <b>0.6</b> |

Subdivision into lots by country (2011-2017)<sup>494</sup>

È stato osservato, 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 (36,3%) è nella fascia alta della tabella.

<sup>494</sup> Tabella estrapolata dal report in analisi, pag. 62

L'Italia ha una percentuale di mancata suddivisione molto alta (83%) che lascia alla avvenuta suddivisione solo un 17% (15,3 % tra 1 e 19 lotti e dell'1,7% sopra ai 20 lotti).

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%, ponendosi però comunque nella parte inferiore della tabella:

| Country | 2011  | 2017  | Change |
|---------|-------|-------|--------|
| LI      | 10.0% | 58.3% | 48.3%  |
| RO      | 0.1%  | 43.5% | 43.4%  |
| LV      | 0.0%  | 35.5% | 35.5%  |
| HR      | 0.0%  | 33.6% | 33.6%  |
| EE      | 0.0%  | 30.4% | 30.4%  |
| GR      | 8.1%  | 33.2% | 25.1%  |
| CY      | 5.0%  | 26.4% | 21.5%  |
| SI      | 36.5% | 57.4% | 20.9%  |
| FI      | 1.5%  | 20.4% | 18.9%  |
| BE      | 9.9%  | 23.6% | 13.7%  |
| IS      | 0.0%  | 12.7% | 12.7%  |
| IE      | 9.2%  | 21.5% | 12.3%  |
| PL      | 31.5% | 43.8% | 12.3%  |
| LT      | 18.7% | 31.0% | 12.3%  |
| DK      | 10.6% | 21.8% | 11.2%  |
| ES      | 10.8% | 21.3% | 10.5%  |
| HU      | 22.4% | 33.0% | 10.5%  |
| SK      | 12.8% | 23.1% | 10.4%  |
| LU      | 0.0%  | 9.4%  | 9.4%   |
| NO      | 2.7%  | 10.4% | 7.7%   |
| DE      | 10.8% | 18.0% | 7.1%   |
| CZ      | 10.1% | 17.1% | 7.0%   |
| IT      | 14.7% | 21.7% | 7.0%   |
| MT      | 1.3%  | 68%   | 5.6%   |
| AT      | 5.6%  | 10.1% | 4.5%   |
| SE      | 10.9% | 13.6% | 2.7%   |
| UK      | 10.4% | 13.0% | 2.6%   |
| FR      | 35.7% | 38.0% | 2.3%   |
| PT      | 9.7%  | 11.2% | 1.5%   |
| NL      | 13.6% | 14.4% | 0.8%   |
| BG      | 27.8% | 27.4% | -0.3%  |

Di particolare evidenza è stato poi lo studio condotto sulla tipologia di misure adottate dai singoli Stati membri per evidenziare le combinazioni maggiormente efficienti<sup>495</sup>.

<sup>495</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

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: a) l'incoraggiamento all'uso dell'*e-procurement*; 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.

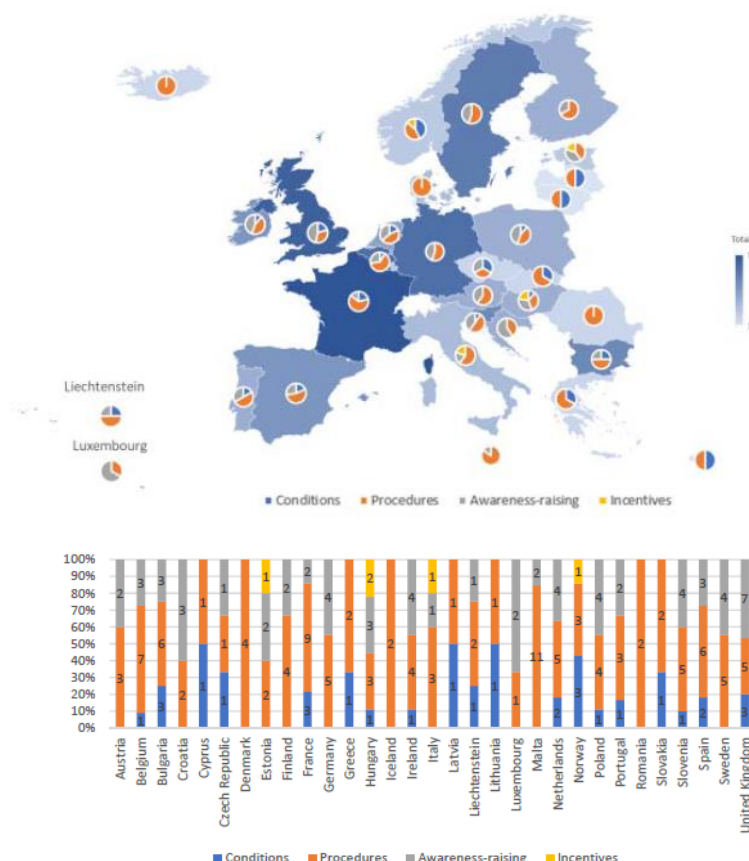
La quarta categoria è invece quella degli incentivi e dei supporti finanziari.

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 (si veda la tabella seguente) 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:

---

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*».



**Combination of measures and number of measures pertaining to each broader category per country**<sup>496</sup>

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 (si v la seguente tabella).

Per quanto riguarda l'Italia, come si evince dal grafico di cui sopra, sono state attuate più misure differenziate nelle varie categorie (*procedures*, *awareness-raising*, *incentives*) tranne che in quella delle “*conditions*”<sup>497</sup> riguardante la presenza di pagamenti tempestivi e l’incremento della trasparenza delle procedure.

<sup>496</sup> Grafico estrapolato dal report in analisi, pag 149.

<sup>497</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 da parte delle Pubbliche amministrazioni.

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.

| Country | SMEs' share |           |            |
|---------|-------------|-----------|------------|
|         | 2011-2014   | 2015-2017 | Difference |
| RO      | 52.2        | 69.6      | 17.3       |
| LT      | 64.6        | 78.2      | 13.6       |
| MT      | 80.6        | 91.4      | 10.8       |
| LI      | 90.6        | 100.0     | 9.4        |
| IT      | 52.9        | 61.7      | 8.9        |
| FI      | 59.2        | 66.9      | 7.7        |
| GR      | 88.0        | 92.2      | 4.2        |
| BG      | 73.6        | 77.3      | 3.7        |
| UK      | 61.9        | 65.3      | 3.4        |
| NO      | 56.3        | 58.8      | 2.6        |
| LV      | 71.9        | 74.3      | 2.4        |
| IE      | 69.9        | 71.7      | 1.9        |
| AT      | 63.3        | 64.8      | 1.4        |
| EE      | 79.1        | 79.9      | 0.8        |
| BE      | 63.9        | 64.6      | 0.7        |
| DK      | 56.5        | 57.2      | 0.7        |
| FR      | 60.5        | 61.1      | 0.6        |
| CY      | 80.5        | 81.0      | 0.5        |
| HU      | 73.1        | 73.5      | 0.5        |
| PT      | 54.6        | 55.1      | 0.5        |
| ES      | 47.1        | 47.5      | 0.4        |
| PL      | 53.9        | 53.8      | -0.1       |
| DE      | 65.4        | 64.7      | -0.7       |
| LU      | 69.8        | 68.9      | -0.9       |
| NL      | 62.9        | 61.6      | -1.3       |
| SI      | 66.6        | 64.8      | -1.8       |
| SK      | 75.4        | 72.8      | -2.6       |
| SE      | 62.5        | 59.1      | -3.3       |
| HR      | 72.4        | 67.3      | -5.2       |
| CZ      | 70.6        | 63.8      | -6.8       |
| IS      | 87.7        | 70.8      | -16.8      |

**SMEs' share in the proportion of contracts awarded to SMEs, grouping years 2011-2014 and 2015-2017<sup>498</sup>**

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, 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).

<sup>498</sup> Tabella estrapolata dal report in esame, pag. 150.

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.

Quest’ultima pratica è considerata, tra le principali misure tese a facilitare l’accesso delle PMI, quella che maggiormente raggiunge tale scopo (ma solo, come visto, nei casi in cui siano stati creati tra i 10 e i 19 lotti)<sup>499</sup>.

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>500</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>501</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 ricordata “*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.

---

<sup>499</sup> È stato poi precisato che tale correlazione tende ad aumentare nel caso di Stati più “piccoli” come la Croazia, l’Estonia, la Slovenia.

<sup>500</sup> Tra queste è stata richiamata soprattutto quella contro i ritardi nei pagamenti.

<sup>501</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»*, Zanichelli, 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».

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>502</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 temporaneo, del consorzio o dell’avvalimento, possono “recuperare” anche la partecipazione delle imprese di minori dimensioni<sup>503</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 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>504</sup>.

---

<sup>502</sup> Così AA.VV., *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, Quaderni Consip, 2, 2016.

<sup>503</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>504</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

Vieppiù che solitamente suddividere un appalto in più lotti può aumentare i costi generali di gestione delle procedure<sup>505</sup>.

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

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>506</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 vedevano la suddivisione come un'eccezione, da attuare solamente se giustificata da situazioni eccezionali e contingenti.

Come visto nei primi capitoli, infatti, tale normativa 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.

---

delle relative responsabilità contrattuali, rendendo anche la fase privatistica di esecuzione del contratto naturalmente più ardua da gestire».

<sup>505</sup> Sul punto v. M. TRYBUS, *The division of public contracts into lots*, op. 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>506</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.

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>507</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”) 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>508</sup>.

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.

---

<sup>507</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>508</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 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.

La legge Merloni, dunque – pur se maggiormente influenzata, come visto, dai primi tentativi di armonizzazione della materia da parte del diritto UE tesi a garantire maggiormente la concorrenza per il mercato – 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>509</sup>.

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>510</sup>.

---

<sup>509</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 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>510</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 artificiosamente 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.,

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 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>511</sup>.

---

*Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, in Quaderni Consip, 2, 2016. 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.

<sup>511</sup> Cfr. L. PERFETTI, ult. op. cit., 522.

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>512</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*

---

<sup>512</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.

*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 è libera di 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.

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 necessita 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.

In particolare, precisa che, nel caso in cui si scelga di suddividere l'appalto in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici: i) «*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»<sup>513</sup>.*

Venendo all'esame dell'articolato, 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 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>514</sup>.

Il quarto paragrafo chiude l'articolo prevedendo la possibilità – a determinate condizioni *«da definire conformemente al rispettivo diritto*

---

<sup>513</sup> 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».*

<sup>514</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 indichino i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati».*

*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 (in 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 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>515</sup>.

---

<sup>515</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 *Trattato sui Contratti pubblici*, Tomo I, a cura di M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, 2019, 238.

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>516</sup>.

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

Si è visto infatti come, con tali direttive, si sia 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, 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

---

<sup>516</sup> F. CINTIOLI, *La suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto*, op.cit., 13.

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 attualmente 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>517</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>518</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>519</sup>.

---

<sup>517</sup> Tra le pronunce più recenti Cons. Stato, sez. III, 2 gennaio 2020, n. 25; Id., Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081.

<sup>518</sup> Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2021, 1248.

<sup>519</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,

Sempre in merito alla sua sindacabilità, è stato affermato 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 attribuito 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>520</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>521</sup>.

---

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.

<sup>520</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>521</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 MPPI, 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*

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 – secondo l'impostazione gianniniana ricordata nel primo capitolo – come uno degli interessi secondari che devono essere bilanciati con l'interesse pubblico primario con il quale possono entrare in conflitto.

Secondo altra parte della dottrina<sup>522</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>523</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

---

degli interessi pubblici, op. 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*, op.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>522</sup> L. PERFETTI, *Suddivisione in lotti*, op. cit., 238.

<sup>523</sup> L. PERFETTI, ult. op. cit., 240.

viene prevista l'utilizzazione del successivo procedimento "di valutazione comparativa"<sup>524</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 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.

## *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

---

<sup>524</sup> S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, op. cit., 305.

derogare a tale “principio”, seppur attraverso una decisione che deve essere, secondo la giurisprudenza, “adeguatamente motivata”<sup>525</sup>.

Dalla motivazione – che deve essere “appropriata” e “completa”<sup>526</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>527</sup> o le “puntuali e specifiche ragioni”<sup>528</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>529</sup>.

---

<sup>525</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>526</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>527</sup> Cons. Stato sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857; Id., 22 gennaio 2018, n. 1138.

<sup>528</sup> Cons. Stato, sez. III, 04 febbraio 2019, n. 861.

<sup>529</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 non solo dal giudice amministrativo francese ma anche dallo stesso legislatore molto prima delle direttive del 2014 (sul punto v. Conseil d’Etat, 7 mai 2013, n. 365706), 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 competencia. 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*

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 recente pronuncia del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857) secondo 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

---

*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».*

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 – indetta 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>530</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).

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>531</sup> come un tentativo di integrazione postuma della motivazione<sup>532</sup>.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto la scelta dell'Amministrazione: i) viziata in quanto sfornita 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>533</sup>; ii) lesiva dei principi di proporzionalità e ragionevolezza in

---

<sup>530</sup> Il primo lotto da 29.681856 euro e il secondo da 12.757.500 euro.

<sup>531</sup> TAR Campania, Napoli, 3 settembre 2018, n. 5357.

<sup>532</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>533</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

quanto la scelta della ASL avrebbe potuto esplicarsi «*in molteplici varianti tutte suscettibili di soddisfare le esigenze di organizzazione del servizio*»<sup>534</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 volontà del singolo operatore, ma anche della concorde decisione di altre imprese di costituire un'associazione temporanea*»<sup>535</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*

---

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>534</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*».

<sup>535</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.

*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>536</sup>.

In questo senso, l'importo dei lotti<sup>537</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 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

---

<sup>536</sup> Cons. Stato, sez. III, 5534/2018; Id., 30244/2018.

<sup>537</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, argomento 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, ritendo anche insufficiente a compensare la suddivisione in maxi lotti la previsione nella *lex specialis* della possibilità di partecipare alla gara in forma aggregata.

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>538</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

---

<sup>538</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.

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 la scelta della SA ragionevole e proporzionata dal momento che il frazionamento della gara in tanti lotti – a misura delle 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 della SA 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>539</sup>.

---

<sup>539</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

Per l'ipotesi, invece, in cui la suddivisione in lotti non è stata realizzata ma è 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 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>540</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 MPPI.

---

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 ricomprensione in un unico maxi-lotto di prodotti che non appartenenti a categorie omogenee.

<sup>540</sup> TAR Umbria, Perugia, sez. I, 17 maggio 2017, n. 391.

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 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 SA proprio perché nel caso 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 della SA 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.

Questo 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*

Dal report analizzato all’interno del capitolo si è avuto modo di vedere che il “terreno di gioco” delle PMI sia il sottosoglia ove, dato il valore relativamente basso dei contratti, tali imprese si aggiudicano circa l’86% delle procedure.

L’elevato valore dei contratti, infatti, 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).

Ciò 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.

Dunque, anche nel caso della tutela delle PMI, la discrezionalità, se esercitata correttamente, diviene uno strumento a favore della tutela della concorrenza.

In tal caso "l'incontro" tra il potere discrezionale dell'amministrazione e la tutela della concorrenza 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 essere suddiviso), impedendo la partecipazione delle PMI nelle ipotesi in cui le stesse sarebbero legittimate a partecipare, andrà a distorcere la concorrenza.

Tuttavia, come detto, 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, 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 e di operare talvolta quasi fosse un *general contractor*<sup>541</sup>.

Caratteristiche che l’amministrazione pubblica italiana, ad oggi, non può dirsi possedere del tutto.

Dunque, date tali caratteristiche, la suddivisione dell’appalto in lotti può considerarsi più come uno strumento strategico-organizzativo di cui possono 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

---

<sup>541</sup> Così F. CINTIOLI, op.cit.

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, 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 creano, appunto, le “condizioni” di accesso al mercato poiché vanno a rafforzare il rapporto di fiducia tra acquirenti pubblici e fornitori.

Tuttavia, dal report analizzato nel capitolo, si è visto come tali misure in Italia non solo risultano inattuate ma sono 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 tale Stato membro, non ha assicurato che le sue pubbliche amministrazioni, quando risultano debtrici 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.

### *Considerazioni finali*

A fondamento del presente lavoro di ricerca, come visto, è stata posta, anzitutto, l'analisi dell'evoluzione della tutela della concorrenza, in primo luogo, a livello costituzionale e, in seconda battuta, all'interno di una precisa disciplina e di uno specifico mercato, ossia quello dei contratti pubblici.

La ricerca è stata poi circoscritta all'analisi di una precisa "dimensione" della concorrenza<sup>542</sup>, c.d. concorrenza per il mercato, e a come il potere della pubblica amministrazione (in specie discrezionale) si relazioni ad essa nel delimitare l'accesso ai singoli micro-mercati che sono le procedure ad evidenza pubblica.

Nell'*excursus* normativo compiuto nei primi capitoli – che ha costituito il punto di partenza della successiva analisi – si è visto, anzitutto, che l'anima c.d. "originaria" della disciplina sui contratti pubblici è stata, per lungo tempo, quella della convenienza amministrativa rispetto alla quale la concorrenza tra privati veniva considerata un interesse recessivo, tutelata solo ove idonea a garantire una corretta gestione del denaro pubblico<sup>543</sup>.

La normativa nazionale sulla contabilità dello Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e r.d. 23 maggio 1924, n. 824), che ha costituito per diversi decenni la disciplina fondamentale del sistema dei pubblici incanti, aveva infatti quale obiettivo primario quello di garantire le condizioni economiche più favorevoli per l'amministrazione e tutelava la concorrenza tra imprese e la *par condicio* tra i concorrenti solamente di riflesso, nell'interesse esclusivo dell'amministrazione<sup>544</sup>.

In altre parole, l'intera normativa di contabilità era permeata dall'idea che l'Amministrazione fosse la parte contrattuale più debole e che dovesse essere tutelata, tramite una legislazione di privilegio, nell'insidiosa contrattazione con i privati appaltatori, ove l'interesse alla convenienza amministrativa doveva detenere una posizione di centralità.

---

<sup>542</sup> Per tali distinzioni si rinvia al Capitolo I par. I.

<sup>543</sup> Cfr. S. SIMONE-L. ZANETTI, *Appalti pubblici e concorrenza*, op.cit., 119 ss.

<sup>544</sup> In tal senso M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, op.cit., 263 ss.

L'evidenza pubblica era quindi considerata uno strumento teso ad evitare il verificarsi di pratiche corruttive e spreco di denaro pubblico piuttosto che a garantire la concorrenza tra gli operatori privati<sup>545</sup>: interessi come la *par condicio* tra gli operatori e la massimizzazione della loro partecipazione erano presi in considerazione solo ove a favore dell'amministrazione e vi era una forte diffidenza anche nei confronti di quest'ultima.

In relazione a tale concezione, si è visto che, nel timore che l'amministrazione potesse esercitare la propria discrezionalità per colludere con la parte privata ai danni dello Stato, la normativa rispondeva ad uno schema regolatorio di tipo “*command and control*”, fondato sulla imposizione di minuziose regole di condotta tese a circoscrivere quanto più possibile i margini di scelta dell'amministrazione<sup>546</sup>.

Il ruolo secondario della concorrenza all'interno del mercato dei contratti pubblici, tuttavia, è stato poi intaccato dal diritto comunitario e dall'obiettivo di costruire un mercato unico, aperto e in grado di garantire le libertà economiche fondamentali (libertà di circolazione dei capitali, delle persone, dei beni e servizi e libertà di stabilimento) e ove, come visto, è emersa, non senza difficoltà, l'importanza nevralgica degli appalti pubblici nel raggiungimento dello stesso.

Il vero cambiamento di rotta nella disciplina dei contratti pubblici (prima a livello comunitario e poi a livello interno), infatti, si sarebbe avuto solo con le direttive del 2004 che, come visto, sono state il frutto di un lungo processo di revisione avviato dalla Commissione già nel 1996 e che sono state recepite, a livello interno, dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 165, meglio noto anche come Codice “De Lise”.

Sarebbe da questo momento, secondo la Corte costituzionale, che a livello di diritto interno si è concretamente realizzato il definitivo “superamento” della c.d. concezione contabilistica<sup>547</sup>.

---

<sup>545</sup> S. FANTINI, H. SIMONETTI, op.cit., 7.

<sup>546</sup> Così S. SIMONE-L. ZANETTI, op.cit., 124.

<sup>547</sup> Corte cost., n. 401 del 2007 par. 6.6.

Si è visto, infatti, come il Codice del 2006 sia stato identificato come il primo vero tentativo di far coesistere i due approcci alla materia (quello nazionale e quello UE): se, da un lato, infatti la normativa europea aveva come principale obiettivo quello garantire maggiore apertura ed efficienza al mercato degli appalti pubblici (anche) concedendo maggiore discrezionalità alle singole stazioni appaltanti, gli stessi obiettivi, pur se formalmente considerati di primaria importanza anche dal legislatore interno, non sono stati pienamente raggiunti con il codice del 2006.

Si è avuto modo di vedere, infatti, che l'approccio del legislatore europeo, meno formalistico e a favore di modelli più flessibili, si è scontrato con l'impianto tradizionale dell'ordinamento italiano caratterizzato, principalmente, da un fitto reticolo di regole rigide improntate ancora sullo schema "*command and control*". Tale impianto, storicamente fondato sull'esigenza di garantire tutela dallo "spettro" della corruzione, è stato da ostacolo alla realizzazione della flessibilità richiesta dalle direttive europee.

Successivamente si è poi analizzato l'ultimo intervento di sistema, da parte dell'UE, in materia di contratti pubblici, ossia quello del pacchetto direttive del 2014 (cc.dd. di ultima generazione). Si è visto come tali direttive si siano mosse su due "binari paralleli": da un lato, proponevano l'obiettivo di accrescere l'efficienza della contrattazione pubblica, attraverso un'opera di massima semplificazione della disciplina, anche grazie all'utilizzo di procedure di aggiudicazione più moderne e flessibili (con la conseguenza di assicurare maggiore discrezionalità alle amministrazioni); dall'altro, ponevano in risalto il c.d. uso strategico dei contratti pubblici, ossia il perseguimento di obiettivi anche sociali (*recte*: non unicamente economici).

Quindi, accanto e in aggiunta al primario e tradizionale obiettivo di garantire un'effettiva concorrenza tra le imprese che operano su tale mercato, è stata posta in risalto anche la finalità di accrescere l'efficienza della spesa pubblica attraverso la tutela di interessi diversi quali, ad esempio, la tutela delle piccole e medie imprese o la tutela dell'ambiente, del lavoro, della salute. In altre parole, la tutela della concorrenza (e la garanzia della sua effettività) è

rimasta comunque la *ratio* ispiratrice dell'intera disciplina europea – data la convinzione che sia proprio la concorrenza il primo e più rilevante strumento per assicurare l'efficienza del processo di acquisizione di lavori, servizi e forniture da parte delle amministrazioni pubbliche – tuttavia, il vero cambiamento da ricondurre a tale ultimo pacchetto di direttive, sta proprio nella considerazione (se non del tutto nuova quantomeno migliore e più effettiva) di ulteriori interessi e valori da tutelare.

Tale visione è stata recepita, come visto, non senza difficoltà, dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in relazione al quale – al fine di delineare la complessità dell'attuale quadro normativo che fa da cornice al presente lavoro – si sono ripercorse anche le più recenti modifiche apportate allo stesso nel corso degli ultimi anni. Dal quadro descritto è emerso che, nel complesso, le modifiche intervenute dall'approvazione del Codice sono state di così forte impatto sulla disciplina generale della materia che, parte della dottrina, ha posto un semplice (quanto vero) interrogativo: esiste ancora un Codice dei contratti pubblici?<sup>548</sup>

Infatti, per effetto degli interventi di riforma degli ultimi due anni, l'operatore (ma anche l'interprete) del settore degli appalti pubblici e delle concessioni non può più guardare al testo del Codice con *«la ragionevole aspettativa di trovare in esso le risposte di suo interesse, ma deve - al contrario - andare a ricostruire l'effettivo quadro normativo attraverso un complesso iter di ricomposizione del patchwork normativo nel cui ambito il testo del “Codice” rappresenta uno soltanto degli elementi di riferimento (e non sempre il più importante)»*<sup>549</sup>.

Le considerazioni svolte in merito alla complessità della normativa hanno permesso di comprendere facilmente il rilievo che i principi assumono (*recte*: devono assumere) all'interno di un quadro normativo complesso, mutevole e spesso poco chiaro. Nella parte finale della prima sezione del secondo capitolo si sono dunque analizzati i principi generali della materia di interesse per il

---

<sup>548</sup> C. CONTESSA, *Le novità del “Decreto semplificazioni”*, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un “Codice”? in *Urb. app.*, 2020, 6, 757 ss.

<sup>549</sup> Così ancora C. CONTESSA, *ult. op. cit.*

presente lavoro di ricerca, attraverso l'esame della normativa sia sovranazionale che interna, con particolare riferimento all'art. 30 del Codice dei contratti pubblici. Tale disposizione fa sì infatti che la tutela della concorrenza possa dirsi effettivamente garantita solo ove le procedure di aggiudicazione si siano svolte secondo i corollari indicati dallo stesso, ossia secondo i principi di trasparenza, proporzionalità, parità di trattamento, *par condicio*, non discriminazione e massima partecipazione.

Con riguardo ai principi si è visto infatti che il legislatore europeo e, di conseguenza, quello nazionale, si sono orientati nel senso di valorizzare, con particolare attenzione, proprio la *par condicio* tra gli operatori economici e la non discriminazione tra le imprese, quali strumenti per rendere virtuoso il sistema economico<sup>550</sup>.

In tal senso, la libera concorrenza si sostanzia, anzitutto, nella possibile contendibilità, in condizioni di parità, dei singoli appalti da parte degli operatori economici, la quale, a sua volta, viene realizzata attraverso il ricorso, da parte delle amministrazioni pubbliche, alle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici.

In questa prospettiva, ogni singola procedura di gara può essere considerata come uno specifico e temporaneo micro-mercato nel quale le imprese operanti nel settore possono confrontarsi e ove vengono tutelati non solo gli operatori economici ma anche le stesse amministrazioni aggiudicatrici: la garanzia della concorrenza, da un lato, accresce la possibilità, per la stazione appaltante, di ottenere la migliore prestazione possibile e, al tempo stesso, amplia il novero degli operatori cui è consentita la partecipazione e, quindi, la loro effettiva possibilità di aggiudicazione dell'appalto.

Affinché ciò possa realizzarsi, tuttavia, è necessario che le amministrazioni aggiudicatrici assicurino a tutti gli operatori economici le medesime *chance* di aggiudicazione. Da qui il riferimento anche al principio di proporzionalità in quanto principio idoneo a garantire che le delimitazioni del "micro-mercato" –

---

<sup>550</sup> Cfr. S. DETTORI, op. cit., 293.

operate dalla stazione appaltante al momento della determinazione della *lex specialis* – non siano illogiche, arbitrarie, inutili o superflue, bensì necessarie e adeguate rispetto agli scopi perseguiti.

Così riassunte alcune delle premesse compiute nei primi due capitoli, nella seconda sezione del secondo capitolo si è inteso delineare due delle dinamiche che legano la tutela della concorrenza alla discrezionalità amministrativa di cui sono state delineate le premesse nei primi capitoli e forniti pratici esempi applicativi nel capitolo terzo.

Anzitutto, riprendendo anche l'*excursus* sulla normativa compiuto nei capitoli precedenti, nella seconda sezione del secondo capitolo si sono inquadrate due “interazioni” tra la tutela della concorrenza e l’esercizio della discrezionalità amministrativa nel mercato dei contratti pubblici che hanno fatto da “cornice” alla successiva trattazione.

In tal senso si sono anzitutto confrontati i due diversi approcci “culturali” alla materia: da un lato, quello nazionale e, dall’altro, quello dell’UE c.d. pro-concorrenziale.

Dall’analisi compiuta è emerso, in primo luogo, che l’approccio UE è fondato sulla convinzione che la discrezionalità, se esercitata in modo corretto, possa costituire un valore, in quanto consente di individuare la soluzione contrattuale migliore, tenendo conto delle circostanze del caso concreto, ma anche un necessario strumento di flessibilità di cui le amministrazioni devono poter disporre per poter dialogare efficientemente con il mercato e riuscire a bilanciare le loro necessità (anche di approvvigionamento) con la garanzia della concorrenza; in secondo luogo si è evidenziato, attraverso l’analisi della normativa che si è succeduta nel tempo, come tale visione si sia scontrata con quella nazionale che, invece, condizionata dalla sfiducia nell’integrità morale delle stazioni appaltanti e delle imprese, ancora tende a porre rigide regole all’amministrazione al fine di prevenire il rischio di una gestione non trasparente e corretta delle procedure di gara.

Si è quindi analizzata questa dinamica di “divergenza” tra le regole di derivazione europea (che tendono a lasciare alle amministrazioni maggiori

spazi di valutazione e di flessibilità) e le regole “interne” che potrebbero definirsi come “ibride” in quanto, da un lato, hanno tentato di adeguarsi all’approccio e alla normativa europea, dall’altro, sono risultate “figlie” del retaggio della tradizione nazionale.

Come esempi di tale dicotomia sono state richiamate, a titolo meramente esemplificativo, le vicende riguardanti il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e del subappalto.

In merito al primo si è visto che, proprio a causa della possibilità per l’amministrazione di compiere scelte discrezionali in merito agli aspetti qualitativi dell’offerta, tale criterio ha scontato, nel corso degli anni, una tendenziale diffidenza del legislatore nazionale fondata sull’assunto che concedere all’amministrazione tale discrezionalità e non rimettere, invece, la scelta dell’aggiudicatario a scelte meccaniche e vincolanti, avrebbe favorito il verificarsi di pratiche corruttive.

Per quanto riguarda l’istituto del subappalto, invece, si è analizzata la specifica vicenda della graduale eliminazione della quota massima subappaltabile che ha portato il legislatore a intervenire più volte a modificarne la disciplina, soprattutto al fine di sciogliere i dubbi di compatibilità sorti con la disciplina europea: il limite quantitativo imposto dal legislatore nazionale, infatti, è stato riconosciuto incompatibile con la normativa UE poiché date le sue caratteristiche (generalizzato, astratto e indiscriminato), non lasciava alle stazioni appaltanti alcuno spazio per valutazioni discrezionali “caso per caso”.

Altro legame tra concorrenza e discrezionalità che è stato inquadrato nel capitolo II, e poi analizzato nel proseguo del lavoro, è quello che vede la concorrenza divenire limite della stessa discrezionalità esercitata dalle amministrazioni aggiudicatrici nel momento in cui vanno a stabilire i confini del micro-mercato attraverso la determinazione della *lex specialis*.

Tale correlazione può essere esemplificata richiamando le parole del giudice amministrativo, secondo cui «*la discrezionalità della stazione appaltante si può spingere fino a ridurre la platea dei potenziali concorrenti, sempre che tale scelta non sia irragionevolmente limitativa della concorrenza,*

*in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda quindi ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto»<sup>551</sup>.*

Dunque, se è vero che l'amministrazione è libera di identificare le proprie esigenze da soddisfare attraverso il ricorso al mercato e che ha il potere di delinearne l'accesso, e che tale facoltà esprime un apprezzamento discrezionale<sup>552</sup>, è anche vero che la discrezionalità raggiunge il suo scopo di sinonimo di efficienza e di strumento di concorrenzialità solamente se esercitata in modo congruo e proporzionato, nel rispetto delle regole concorrenziali immanenti al mercato e ai singoli micro mercati in cui si sostanziano le singole procedure ad evidenza pubblica.

Si è così rilevato che considerare la discrezionalità come strumento di efficienza concorrenziale (sulla scia dell'approccio UE) o considerare la concorrenza come limite alla discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici, corrispondono, in realtà, a due facce della stessa medaglia: solamente il corretto uso della discrezionalità può assicurare che la stessa possa garantire la concorrenza e non distorcere il mercato e, a sua volta, un corretto uso della stessa è possibile solo se tale potere viene esercitato nel rispetto del principio della concorrenza.

Come caso paradigmatico di analisi di tale interazione è stato approfondito quello delle cc.dd. clausole di territorialità inserite nei bandi di gara quale requisito di partecipazione e non quale eventuale requisito di esecuzione del contratto: la scelta delle stazioni appaltanti di delimitare in tal modo il "micro-mercato" è stata ritenuta illegittima in quanto posta in violazione del principio di proporzionalità, del *favor participationis* e del più generale principio di tutela della concorrenza.

---

<sup>551</sup> Così, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 284; Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2020, n. 1484; Id., sez. V, 26 giugno 2017, n. 3110; Id., sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440.

<sup>552</sup> Sull'esercizio c.d. "decrescente" della discrezionalità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici si rinvia al Capitolo III, sez. II, par. II.

Attraverso l'analisi della giurisprudenza si è visto che, il principio della libera concorrenza, per quanto considerato la *ratio* ispiratrice dell'intera materia, deve comunque confrontarsi e temperarsi con la tutela delle specifiche esigenze delle stazioni appaltanti (che a loro volta si traducono nelle clausole dei bandi di gara). Solamente in questo modo tale principio finisce per non acquisire una connotazione patologica, se non addirittura "tirannica"<sup>553</sup>.

Il superamento della matrice contabilistica, dunque, può intendersi avvenuto solamente nel senso di ritenere che l'interesse dell'amministrazione non debba più essere considerato come l'unico da tutelare e che, conseguentemente, la stessa amministrazione nel momento in cui è chiamata a temperare i diversi interessi, sia tenuta a tenere conto della tutela della concorrenza, quest'ultima intesa non come un interesse dei privati, ma come il "mezzo" migliore per raggiungere il "fine" dell'attività amministrativa, che rimane sempre quello di garantire il pubblico interesse e che, nell'ambito dei contratti pubblici, corrisponde alla necessità di ottenere la migliore prestazione possibile al miglior prezzo<sup>554</sup>.

Ciò, tuttavia, è vero a condizione che i confini dei micro-mercati vengano delineati nel rispetto non solo dei principi peculiari previsti per la materia dei contratti pubblici ma anche quelli posti a fondamento dell'azione amministrativa nel suo complesso, tra cui quello di proporzionalità che diviene in tal modo funzionale anche a garantire la concorrenza per il mercato.

Solamente così l'esercizio della discrezionalità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici acquisisce il valore "pro-concorrenziale" proprio del richiamato approccio UE.

Altra tematica che è stata ricondotta a tale ultimo legame tra la concorrenza per il mercato e la discrezionalità amministrativa è quella della tutela delle PMI

---

<sup>553</sup> Sulle derive patologiche della concorrenza si v. F. CINTIOLI, Per qualche gara in più, op. cit.

<sup>554</sup> Sul punto v. F. FRANCARIO, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, op. cit., 954, secondo cui diversamente facendo si andrebbe «a scambiare il mezzo con il fine, perché la garanzia della libertà di concorrenza e di mercato rimane pur sempre un mezzo rispetto al fine ultimo che deve essere perseguito da una pubblica amministrazione, che è quello di garantire il rispetto del principio di buon andamento e imparzialità nella cura dell'interesse pubblico (art. 97 Cost.), ormai riconosciuto anche in ambito comunitario come diritto ad una buona amministrazione (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)».

e della loro garanzia di accesso al mercato dei contratti pubblici attraverso, in particolare, l'analisi del travagliato istituto della suddivisione degli appalti in lotti.

Grazie all'utilizzo di dati provenienti dalla Commissione UE, si è avuto modo di vedere che l'elevato valore dei contratti è stato identificato come la “*key barrier*” dell'accesso di tali imprese al mercato (maggiore è il valore dei contratti, minori sono le loro possibilità di aggiudicazione) e, di conseguenza, che l'istituto della suddivisione in lotti è stato ritenuto – sia a livello nazionale che UE – la misura fondamentale per superare la suddetta barriera e quindi garantire a tali imprese un maggiore accesso al mercato in questione.

Tuttavia, nonostante il *favor* espresso dal legislatore (sia europeo che nazionale), in Italia la quota di mancata suddivisione è particolarmente alta (83% circa)<sup>555</sup>.

Ciò 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: le stazioni appaltanti, infatti, 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.

In altre parole, data la possibilità di derogare alla suddivisione, nel bilanciamento che l'amministrazione è tenuta a compiere, l'interesse alla tutela delle PMI viene considerato (o meglio, deve essere considerato) solamente come uno degli interessi da tenere in considerazione in relazione all'interesse pubblico primario e che, davanti a quest'ultimo, può comunque risultare soccombente.

---

<sup>555</sup> Nelle conclusioni del capitolo III (sez. II par. 2.3) si è ipotizzato, tuttavia, che la colpa non possa essere addossata solo ed esclusivamente al cattivo utilizzo dello strumento della suddivisione in lotti. Ciò quanto date le caratteristiche dell'istituto (prima fra tutte la possibilità di deroga sulla base di una corretta motivazione), esso può considerarsi più come uno strumento strategico-organizzativo di cui possono usufruire le amministrazioni aggiudicatrici, piuttosto che lo strumento “chiave” da utilizzare per garantire maggiore accesso delle PMI al mercato in questione. Ciò in quanto tale obiettivo deve essere raggiunto, come spiegato all'interno del paragrafo richiamato, attraverso la sinergia di una pluralità di misure.

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" ma vedrebbero quest'ultimo soccombere davanti alla necessità di garantire i bisogni di una particolare categoria di imprese.

A livello più generale, nel corso della trattazione, si è poi cercato di mettere in luce, attraverso l'analisi delle ultime riforme, anche le più recenti tendenze del legislatore nei confronti sia della discrezionalità che della concorrenza.

In particolare, si è visto come i dd.ll. 76/2020 e 77/2021, seppur teoricamente tesi alla semplificazione, hanno introdotto un complesso di disposizioni estremamente disomogeneo e caratterizzato dalla presenza di regimi temporanei e derogatori che hanno reso marginale il ruolo del Codice.

Nel confuso complesso di norme analizzate nel corso del lavoro, si è evidenziata anche la presenza di disposizioni che sembrerebbero essere tese ad incoraggiare l'esercizio della discrezionalità da parte delle amministrazioni<sup>556</sup>.

Tuttavia, vi è da chiedersi se le amministrazioni aggiudicatrici, abbiano davvero bisogno di maggiori margini di discrezionalità oppure se ciò di cui necessitano sia un quadro normativo chiaro e preciso che non muti continuamente (a volte anche a distanza di pochi mesi).

Per quanto riguarda la concorrenza, si è evidenziata la tendenza che vede il legislatore considerare quest'ultima come un fattore di rallentamento degli affidamenti pubblici. Da qui, ad esempio, il recente *favor* per gli affidamenti diretti sino a soglie sempre più elevate e per la riduzione degli operatori economici da interpellare per le procedure negoziate.

---

<sup>556</sup> Si pensi, in generale, alla riforma sull'abuso d'ufficio e sulla responsabilità erariale e, più nel particolare, all'utilizzo di clausole generali come, ad esempio, quella prevista dall'art. 2 del d.l. 76/2020 (che prevede che le amministrazioni possano agire in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale), ma anche la nuova "formula" prevista per l'utilizzo delle procedure negoziate del sottosoglia che viene subordinato al ricorrere di situazioni di "estrema urgenza". La vaghezza di tale inciso, tuttavia, si è detto, si presta a margini interpretativi piuttosto ampi. Su tale tendenza v. C. CONTESSA, *Semplificazione delle procedure di appalto e discrezionalità delle amministrazioni pubbliche*, *Atti della 4ª Rassegna di Diritto Pubblico dell'Economia del 1-2 dicembre 2020*, in *Questioni Comune*, 2021, 1, 27 ss., consultabile al seguente link: <https://upel.va.it/3d-flip-book/questione-comune-01/>.

In merito a tale tendenza, con particolare riferimento alle opere pubbliche, si è visto come, in realtà, non sia il confronto concorrenziale a rallentare gli affidamenti e a rendere il mercato inefficiente, dal momento che la fase meno efficiente non è risultata essere quella della gara ma le fasi ad essa antecedenti.

Si è pertanto sostenuto che le scelte compiute negli ultimi anni dal legislatore siano fondate sull'erronea convinzione che sia la tutela della concorrenza la causa delle inefficienze del mercato dei contratti pubblici, come se la garanzia della più ampia partecipazione al mercato sia un interesse unicamente degli operatori privati, come se sia un "lusso" di cui in periodi di crisi (anche economica) si può fare a meno, dimenticando forse che la stessa sia anche (se non principalmente) l'interesse pubblico della (buona) amministrazione ad ottenere le migliori prestazioni, i migliori servizi a prezzi adeguati.

## Bibliografia

AA.VV., *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di M. SANINO, Torino, Utet, 2007

AA.VV., *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, Quaderni Consip, 2, 2016

AA.VV., *EU Public contract law. Public Procurement and Beyond*, a cura di M. TRYBUS, R. CARANTA, G. EDELSTAM, Bruxelles, 2014

AA.VV., *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, a cura di R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2007

AA. VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI Giuffrè, 2005

AA.VV., *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni, elementi di criticità e opportunità*, a cura di C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE, Napoli, 2015

Aa.Vv., *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, a cura di F. FRENI, G. CASSANO, Padova 2005

AA.VV., *Le norme di adeguamento alle direttive CEE in materia di appalti pubblici di lavori*, Milano, 1979

AA.VV., *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, a cura di S. GALLO, Maggioli, 2014

AA.VV., *L'incertezza delle regole. Atti del Convegno annuale AIPDA 3-4 ottobre 2014, Annuario Aipda 2014*, Napoli, 2015

AA.VV., *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, a cura di F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI, Napoli, 2018

AA.VV., *Sme's access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, Pwc, ICF-GHK and ECORYS, 2014

ADORNO M., *La consulenza tecnica d'ufficio nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2. 2014, 486 ss.

AMATO G., *Il mercato nella costituzione*, in *La Costituzione economica* (Ferrara, 11-12 ottobre 1991), Padova, 1997

AMORE A., *Le cause di esclusione dei cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. app.*, 6, 2017, 763 ss.

AMORTH A., *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, Padova, 1938

ANCARANI A., DI MAURO C., HARTLEY T., TATRAI T., *A Comparative Analysis of SME Friendly Public Procurement: Results from Canada, Hungary and Italy*, in *International Journal of Public Administration*, 42, 13, 1106, 2019

APERIO BELLA F., CALDARELLI S., SANTORO E. M., TRANQUILLI S., *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., II ed., Tomo II, 2019, 1468 ss.

ASTONE F., *Il principio di ragionevolezza*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di RENNA M., SAITTA F., Milano, 2012, 371 ss.

AZZARITI G., *Discrezionalità, merito e regole non giuridiche nel pensiero di Costantino Mortati e la polemica con Massimo Severo Giannini*, in LANCHESTER F. (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, 1989, 408 ss.

AZZENA A., Art. 30, in *Codice dei Contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G. ESPOSITO, vol. I, Milano 2017

BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967

BALDASSARRE A., voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXI, 1971, 582 ss.

BALOCCO G., *La riforma del subappalto e principio di concorrenza*, *Urb. app.*, 2017, 5, 621 ss.

BARETTONI ARLERI A., *Linee evolutive della contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Milano, 1980

BASSANI M., ROBALDO E., RODESI G., SALVI M., *La licitazione privata nella normativa nazionale e comunitaria*, Milano 1999

BATET JIMÉNEZ P., *La division del objeto del contrato en lotes*, in *Gabilex*, 5, 2016

BEAUPÉRIN T., *Think small first in the EU? A reality check*, in *European journal of risk regulation*, Cambridge University Press, 3, 2014

BENEVENUTI F., *Eccesso di potere per eccesso di funzione*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1950, 2 ss.

BERGONZINI G., *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, a cura di R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI e G. SALA, Padova, 2014, 300

BERTI G., *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, Giuffrè, 1988

BONACCI P., *Il riordino normativo nel settore degli appalti di opere pubbliche*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 1995

BOTTEON F., *Un banco di prova del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare: il taglio delle ali solo virtuale e non effettivo*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2, 2020, 179 ss.

BOVIS C.H., *The Drivers and Boundaries of discretion in the award of public contracts*, in *Discretion in EU Public procurement Law, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law*, 2020, 55

BRACCONNIER S., *Precis du droit de la commande publique*, in *Le Moniteur*, 2019

BUSCEMA S., BUSCEMA A., *Attività amministrativa di diritto privato*, in *I Contratti della Pubblica amministrazione*, Vol. VII, a cura di BUSCEMA S., BUSCEMA A., in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da SANTANIELLO G., III ed., Padova, 2008

BUSCEMA S., *Trattato di contabilità pubblica*, Milano, 1979

BUZZACCHI C., *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 1, 2004, 277

CAFAGNO M., FARÌ A., *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici*, in *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, a cura di CLARICH M., Torino, 2019, 203 ss.

CAFAGNO M., *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001

CALDARELLI S., *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per grave illecito professionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2019, 301 ss.

CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1911, rist. a cura di G. MIELE, Padova, 1960

CAMMEO F., *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo i criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 3, 1902, 275

CANCRINI A., *La licitazione privata alla luce della normativa nazionale e comunitaria*, II ed., Rimini, 1998

CANDELA TALAVERO J. E., *El objeto del contrato público y su división*, in *Gabilex*, 18, 2019

CARANTA R., DRAGOS D.C., *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 5, 2014, 500.

CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2012

CARAVITA B., *I fondamenti costituzionali della concorrenza* in *federalismi.it*, 2017

CARAVITA B., *I fondamenti europei della concorrenza* in *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, a cura di M. AINIS -G. PITRUZZELLA, 2019, 35 ss.

CARDARELLI F., *Criteri di aggiudicazione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, 531 ss.

CARINGELLA F., PROTTO M., *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 ss.

CARRIERO G.L., *Discrezionalità amministrativa e mercati finanziari*, in *Dir. banc.*, 2, 2012, 229 ss.

CARROZZA L., FRACCHIA F., *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, in *giustamm.it*, 6, 2005, 1124 ss.

CARULLO A., CLARIZIA A., *La legge «Quadro» in materia di lavori pubblici*, Padova, 2004

CARUSO F., LINGUITI A., *Il subappalto*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, 2019, 827 ss.

CASSETTA E., *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 300 ss.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, XXI ed., a cura di F. FRACCHIA, Milano, 2019

CASSETTA E., *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. dell'econ.*, 3, 1998, 503 ss.

CASSESE S., *La Costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2001

CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, V. ed., Bari, 2012

CASSETTI L., *Articolo 41*, in *La Costituzione italiana commento articolo per articolo*, a cura di CLEMENTI F., CUOCOLO L., ROSA F., VIGEVANI G.E., I, 2018

CASTELLI A., LOCHE M., *L'istituto del subappalto nel sistema normativo italiano: tra dubbi interpretativi e problemi di conformità*, in *Urb. app.*, 5, 2020, 648 ss.

CATURANI C., *Interesse pubblico e trattativa privata*, in *Riv. Trim. App.*, 1989, 243 ss.

CECCHINI P., *La sfida del 1992. Una grande scommessa per l'Europa*, Sperling & Kupfer Editori, 1992

CENTOFANTI N., FAVAGROSSA M., CENTOFANTI P., *Il subappalto*, Padova, 2012

CERASO L., *La recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla "tutela della concorrenza" (art. 117, comma 2, lett. e): linee di tendenza e problemi aperti*, in *Giur. cost.*, 2005

CERULLI IRELLI V., *Il negozio come strumento di attività amministrativa*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del 47° Convegno di Scienza dell'Amministrazione*, (Varenna, Villa Monastero 20-22 settembre 2001), Milano, 2002

CERULLI IRELLI V., *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019

CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2, 2003

CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984

- CHIARIELLO C., *Il partenariato per l'innovazione*, in *giustamm.it*, 2, 2016
- CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Milano, 2020
- CHIEPPA R., *Il giudice amministrativo e il mercato*, in *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, a cura di PELLEGRINO G., STERPA A., Roma, 2014, 179 ss.
- CHIRULLI P., *Commento all'art. 95. Criteri di aggiudicazione dell'appalto*, in *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G.M. ESPOSITO, Torino, 2017, 1232
- CHIRULLI P., *La Proconcorrenzialità nel Codice dei contratti pubblici*, a cura di F. LIGUORI, S. TUCCILLO, Napoli, 2017, 13 ss.
- CHITI M. P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. amm.*, 4, 2016
- CHITI M. P., *Principi*, in *Trattato sui Contratti pubblici*, diretto da SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., Tomo I, Milano, 2019
- CHITI M.P., *I principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., vol. I., Giuffrè, 2008
- CIANFLONE A., GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Roma, Giuffrè Editore, 1999
- CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. Amm.*, 2, 2017, 381 ss.
- CINTIOLI F., *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Dir. e soc.*, 3-4, 2010, 373
- CINTIOLI F., *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
- CINTIOLI F., *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2004
- CINTIOLI F., *Per qualche gara in più*, Rubettino, 2020

CLARICH M., *Codice dei contratti pubblici: ancora correttivi e modifiche*, in *Corr. Giuri.*, 11, 2006, 1485 ss.

CLARICH M., *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di CAFAGNO M., BOTTO A., FIDONE G., BOTTINO G., Giuffrè, 2013, 42 ss.

CLARICH M., *Contratti pubblici e concorrenza*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2016, e anche su Astrid-online.it, 19, 2015.

CLARICH M., *Introduzione*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di CLARICH M., II ed., 2019

CLARICH M., *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, in AA.VV., *Il dialogo competitivo e i possibili riflessi sul Partenariato pubblico-privato*, Roma, 2006, 35 ss.

COCOZZA F., *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia. I "diritti di cittadinanza" tra libertà economiche ed integrazione sociale*, Giappichelli, Torino, 2001

COGNETTI S., *Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: indeterminatezza della norma e opinabilità dell'apprezzamento del fatto da sussumere*, in *Dir. proc. Amm.*, 2-3-, 2013, 349 ss.

COIANTE A., *"Le potenzialità concorrenziali nascoste" dell'art. 41 Cost.*, in *federalismi.it*, 4, 2020

COIANTE A., *Decreto semplificazioni: contratti pubblici, concorrenza e tutela*, in *Giustiziainsieme.it*, 31 luglio 2020

COIANTE A., *È incostituzionale la legge regionale che riserva la partecipazione alle procedure ex art. 36 del Codice alle PMI con sede nel territorio regionale*, in *lamministrativista.it*, 28 maggio 2020

COIANTE A., *Il decreto semplificazioni e le osservazioni dell'ANAC*, in *lamministrativista.it*, 10 agosto 2020

COIANTE A., *Il futuro del Codice dei contratti pubblici al vaglio del Comitato di esperti per il rilancio dell'economia italiana nel periodo post emergenza*, in *lamministrativita.it*, 20 giugno 2020

COIANTE A., TRANQUILLI S., *Bullet points del D.l. "semplificazioni" n. 77/2021: le principali novità in materia di contratti pubblici*, in *lamministrativista.it*, 7 giugno 2021

COIANTE A., TRANQUILLI S., *Semplificare per resistere. Il d.l. "Semplificazioni-Governance" n. 77/2021 e i contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 29 giugno 2021

COLEMAN L., *Markets, Morals and the Law*, Oxford University Press, 2002

COLOSIMO C., *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. COMPORTI, Napoli, 2011, 109 ss.

COMPORTI G.D., *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. COMPORTI, Napoli, 2011

CONTESSA C., *Le novità del "Decreto semplificazioni", ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un "Codice"?*, in *Urb. app.*, 2020, 6, 757 ss.

CONTESSA C., *Semplificazione delle procedure di appalto e discrezionalità delle amministrazioni pubbliche.*, *Atti della 4ª Rassegna di Diritto Pubblico dell'Economia del 1-2 dicembre 2020*, in *Questioni Comune*, 2021, 1, 27 ss.

CORRADINO M., *L'Italia immobile. Appalti, burocrazia, corruzione e i rimedi per ripartire*, Milano, 2020

CORRADO A., *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, 2018

CORRADO A., *Il principio di trasparenza e i suoi strumenti di attuazione*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di SANDULLI M.A., III ed., Milano, 2020

CORSO G., FRANCARIO F., GRECO G., SANDULLI M.A., TRAVI A., *In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il Foglio*, 8 aprile 2020

CORSO G., *Il principio di legalità*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017

CORSO G., *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.* 2002

CORTESE F., *Diritto eurounitario dei contratti pubblici*, in, *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., vol. I, Giuffrè, 2019

D'ALBERTI M., *Concorrenza*, in, *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, II, 2006, 1140 ss.

D'ALBERTI M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2, 2008, 297 ss.

D'ALBERTI M., *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 4, 2004, 705 ss.

D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017

D'ALESSANDRI F., *Il subappalto alla luce della legge n. 55/2019 e il difficile rapporto con il diritto europeo*, in *Urb. app.*, 1, 2020, 5 ss.

DE NICTOLIS R., *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge «sblocca cantieri»*, Zanichelli, 2020

DE NICTOLIS R., *Gli appalti pubblici dell'emergenza sanitaria*, Torino, 2021

DE NICTOLIS R., *I nuovi appalti pubblici, Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017

DE NICTOLIS R., *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in *federalismi.it*, 19, 2016

DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, 2007

DE NICTOLIS R., *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. 32/2019*, *Urb. app.*, 2019, 4, 443

DE NICTOLIS R., *Sistemi di scelta del contraente, criteri di aggiudicazione e offerte anomale nella «Merloni -ter»*, in *Urb. app.*, 1, 1999, 5 ss.

DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, 1995

DEL GATTO S., *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma Tre-Press, 2019

DELLA CANANEA G., DUGATO M., RENNA M., POLICE A., *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*, in *Il Foglio*, 5 aprile 2020

DELLI PRISCOLI L., *Concorrenza e costituzione economica*, in *Mercato e diritti fondamentali*, a cura di L. DELLI PRISCOLI, Torino, 2011

DEODATO C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016

DEPIPERO R., *Commento all'art. 20 l. Merloni*, in *La riforma dei lavori pubblici*, a cura di C. ANGELETTI, Torino, 2000, 427 ss.

DETTORI S., *Art. 30*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. PERFETTI, II ed., Milano, 2017

DI PACE R., *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2012, 1273 ss.

DI PACE R., *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Torino, 2010, 647 ss.

DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006

DIONIGI M., *Art. 29*, in *Codice dei Contratti pubblici commentato*, a cura di L. PERFETTI, II ed., Milano, 2017

DOLSO G.P., *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2004, 265

ESPOSITO C., *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1962

FABIANO N., *Trattativa privata e appalti pubblici*, Milano, 1997

FANTINI S., *Il partenariato per l'innovazione*, in *Urb. app.*, 8-9, 2016, 956

FANTINI S., SIMONETTI H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, II ed., Milano 2019

FARÌ A., *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. CAFAGNO, F. MANGANARO, Firenze, 2016

FERNÁNDEZ ECKER A., *La Ley de Contratos del Sector Público: una oportunidad para la PYME*, in *Contratación Administrativa Práctica*, 153, Sección Reflexiones, Enero-Febrero 2018

FERRARI E., *Garanzia e regolazione dei mercati di fronte al sindacato dei giudici*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA, Torino, 2006

FIDONE G., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, a cura di CLARICH M., II ed., Giappichelli, 2019

FIORENTINO L., *Il Codice degli appalti*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2006, 1176 ss.

FIORENTINO L., LACAVA C., *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, Quaderni, 9, 2004.

FIORENTINO L., *Nuovi modelli organizzativi, tecnologie, processi nel public procurement: opportunità per maggiore concorrenza, efficienza, rinnovamento del mercato?*, Relazione al Seminario “Più valore alla pubblica amministrazione. Appalti pubblici tra efficienza e trasparenza”, Roma, 23 novembre 2005, in *Astrid-online.it*

FIORENTINO L., *Verso un Codice unico degli appalti*, in *Astrid-Rassegna*, 23, 2006

FONDERICO G., *La selezione delle offerte e la verifica dell'anormalità*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, Torino, 2010, 451 ss.

FONTANA P., *Bandi e avvisi*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., a cura di M. CLARICH, Torino, 2019, 566

FRANCARIO F., *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, in *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, a cura di FRANCARIO F., SANDULLI M.A., Napoli, 2018

FRANCARIO F., *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, vol. II, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, 951 ss.

FRANCARIO S., *Incostituzionale il favor territoriale per p.m.i. negli appalti pubblici (nota a Corte cost. 98/2020)*, in *Giustiziainsieme.it*, giugno 2020

FRANCHINI C., *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. FRANCHINI, Tomo I, Milano, 2007

FUMAGALLI A., *Economia sociale di mercato*, *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, 2012

GALDI M., *Sisifo e l'evoluzione della discrezionalità amministrativa*, in *federalismi.it*, 9, 2018

GALETTA D.U., *Accesso civico e trasparenza della Pubblica amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del decreto legislativo n. 33/2013* in *federalismi.it*, 5, 2016

GALETTA D.U., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI III ed., Milano, 2020

GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di SANDULLI M.A. Milano, 2017

GALGANO F., *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1982

GALGANO F., *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato*, 1977

GALLO C. E., *Commento all'art. 21*, in *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloniquater)*, a cura di V. ITALIA, Milano, 2003, 530 ss.

GAROFOLI R., SANDULLI M.A., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005

GASTALDO V., *Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e degli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti*, in *Urb. app.*, 10, 2014

GENINATTI SATÈ L., *Commento all'art. 60*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. PERFETTI, II ed., Milano, 2017, 612

GHIDINI G., *Monopolio e Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976

GIACALONE A., PELOSO A., *I limiti al subappalto. Ovvero ciò che ne rimane*, in *Urb e app.*, 2, 2020, 206 ss.

GIAMPAOLINO L., *Dall'attività amministrativa al mercato*, Napoli, 2008

GIANNINI M.S., *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970

- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977
- GIANNINI M.S., *Discrezionalità amministrativa e pluralismo*, in *Quad.plur.*, 1984
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1930
- GIANNINI M.S., *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1981
- GIANNITI L., *Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"* in *Dir. pubbl.*, 2000
- GILBERTI B., *Consulenza tecnica, pienezza di sindacato e full jurisdiction*, in *Dir. proc. Amm.*, 2015
- GILI L., *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urb. app.*, 1, 2017, 24 ss.
- GIUFFRÈ A., *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *federalismi.it*, 2, 2017
- GIUFFRÈ G. A., *Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2018, 85 ss
- GIUFFRÈ G. A., *Le novità in tema di subappalto*, in *Il correttivo al codice dei contratti pubblici: guida alle modifiche introdotte dal d.lgs 19 aprile 2017 n. 56*, a cura di F. CALDARELLI, M. LIPARI, M. A. SANDULLI, Milano, 2017, 331 ss.
- GIUSTI A., *Il subappalto nei contratti pubblici fra certezze europee e incertezze nazionali*, in *Giur. it*, 2020, 1, 157
- GOBBO F., *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2001
- GOUARDÈRES F., *Piccole e medie imprese, note sintetiche sull'Unione europea*, in *eurparl.europa.eu*, 2018
- GRAZELLS S., *Public procurement and the EU Competition rules*, Oxford, II ed., 2015
- GRECO G., *Direttive CEE e appalti di lavori pubblici*, in AA. VV., *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Giuffrè, Milano, 1990

GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato*, Roma, Giuffrè, 1986

GUARINO G., *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1, 1992, 21 ss.

GUARNIERI A., TESSERA D., *Commento all'art. 118*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di G. F. FERRARI, G. MORBIDELLI, Milano 2013

IANNOTTA R., *Commento all'art. 21, l. Merloni*, in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici fino alla MerloniTer*, a cura di L. GIAMPAOLINO, M. A. SANDULLI, G. STANCANELLI, Milano, 1999, 337 ss.

INGENITO C., *Linee guida e legalità*, in *Sicurezza, legalità ed economia*, a cura di STERPA A., COIANTE A., Napoli, 2020

INVERNIZZI R., *Il dialogo competitivo e tecnico*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2005, 299 ss.

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, V ed., Bari, 2004

IUDICA G., *L'economia di mercato tra Costituzione italiana e Costituzione europea*, in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di IUDICA G., ALPA G., Napoli, 2006

JAMINET J.F., BOREUX D., *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

LAMBERTI C., *Le procedure negoziate senza bando*, in C. CONTESSA, *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici. Le grandi tematiche del settore degli appalti pubblici nell'analisi giurisprudenziale*, Milano, 2020, 640

LANZA E., *Concorrenza, iniziativa economica e utilità sociale: spigolature su principi e limiti tra ordinamento europeo e Costituzione italiana* in *Rass. dir. pub. europeo*, 1, 2016

LAZZARA P., *Commento all'art. 59*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. PERFETTI, II ed., Milano, 2017, 592 ss.

LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Milano, 2002

LAZZARA P., *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. Amm.*, 2000, 212 ss.

LEDDA F., *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982

LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. Amm.* 1983

LEVA L., *Potere tecnico-discrezionale della p.a. e sindacato del giudice amministrativo: profili teorici ed applicativi*, in *Foro amm. CDS*, 10, 2002

LIBERTINI M., *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014

LIBERTINI M., *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. GALGANO, vol. III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979

LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005

LIBERTINI M., *Relazione generale. Concorrenza tra imprese e concorrenza tra Stati*, in *Unione Europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra Stati*, a cura di P. MONTALENTI, Giuffrè, Milano, 2016, 1 ss.

LIPARI M., *La proposta di modifica del rito appalti: complicazioni e decodificazioni senza utilità?*, in *lamministrativista.it*, 3 luglio 2020

LOMAN A., RUFFINI F., DE BOER L., *Designing ordering and inventory management methodologies for purchased parts*, in *Journal of Supply Chain Management*, 2002

LONGO A., CANZONIERI E., *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2018

LUCIANI M., *L'iniziativa economica privata nella giurisprudenza costituzionale*, Roma, 1981

LUCIANI M., *La Costituzione dei diritti e la Costituzione dei poteri, Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente* in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985

LUCIANI M., *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992

LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983

LUCIANI M., voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto*, IV ed., *Discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990

MANGANI R., *Appalti sottosoglia, servono motivazioni solide per derogare al principio della rotazione degli incarichi*, in *Ed. terr.*, 15 gennaio 2018

MANGANI R., *Offerta tecnica, la Pa non può vincolare il punteggio aggiuntivo al possesso di una sede operativa*, in *Ed. terr.*, 27 settembre 2018

MANZIONE A., *Codificazione dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., vol. I, Giuffrè, 2019

MARCHIANÒ G., *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e n. 18/2004*, 31 marzo 2004, in *Riv. trim. app.*, 2004

MARINI F.S., *Rapporto tra tutela costituzionale della proprietà e libertà di impresa*, in *Saggi di diritto pubblico*, Napoli, 2014

MARTINES F., *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, 11, 2015

MARZULLI R., MICARELLI G., *Appalti pubblici: il quadro normativo e la governance*, in AA. VV., *Concorrenza bene pubblico. Ricerca per il Convegno biennale 2006 del centro studi di Confindustria*, vol. II, 2006

MARZUOLI C., TORRICELLI S., *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, 2017

MASERA S.R., *Procedura negoziata senza pubblicazione del bando e valutazione del requisito dell'assenza di adeguata concorrenza*, in *Urb. App.*, 2020, 4 535

MASSERA A., *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003

MASSERA A., *I criteri di economicità, efficacia, efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017

MASSERA A., *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2012

MASTRAGOSTINO F., TRENTI E., *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, a cura di MASTRAGOSTINO F. II ed., Giappichelli, Torino, 2019

MATTARELLA B.G., *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. CASSESE, Tomo I, II ed., 2003

MAZZAMUTO M., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come branca del diritto*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, 2012

MAZZAMUTO M., *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2003, 179 ss.

MERUSI F., *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in *An. Giur. ec.*, 2, 2018, 429 ss.

MERUSI F., *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, in *Mercati e amministratori indipendenti*, a cura di F. BASSI e F. MERUSI, Milano, 1993

MICCÙ R., *Economia e costituzione*": una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca in *Quaderni del pluralismo*, Torino, 1996

MICCÙ R., *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?* in *Federalismi.it*, 2019

MICCÙ R., *Lo stato regolatore e la nuova costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in (a cura di) CHIRULLI P., MICCÙ R., *Il modello europeo di regolazione - Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*, Napoli, 2011

MIDIRI M., *Tutela della concorrenza e giurisdizione*, Napoli, 2018

MILAZZO P., *Le procedure di scelta del contraente*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., a cura di M. CLARICH, Torino, 2019, 461 ss.

MONTEDORO G., *Contratti pubblici ed economia*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., vol. I, Giuffrè, 2019

MONTEDORO G., DI PACE R., *Gli appalti di opere, dal collegato infrastrutture alla legge obiettivo*, Milano, 2003

MONTEDORO G., *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015

MONTEDORO G., *Mercato e potere amministrativo*, Napoli, 2010

MORBIDELLI G., *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989

MORBIDELLI G., *La scelta del contraente nella trattativa privata (con particolare riferimento agli enti locali)*, in *Riv. Trim. App.*, 1987, 337

MORBIDELLI G., *Le linee guida Anac*, in *Aspetti della transizione nel settore dell'energia: gli appalti nei settori speciali, il market design e gli aspetti di governance*, Atti degli Atelier Aiden 2017, Giuffrè, 2017

MORBIDELLI G., ZOPPOLATO M., *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, G. GRECO, Milano, Giuffrè, 2007

MORRONE A., *Libertà d'impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale*, in *Giur. cost.*, 2001

MORTATI C., *Discrezionalità*, in *Nss D.I.*, V, Torino, Utet, 1968

MORTATI C., *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica* in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972

MOSCHETTA T. M., *Il riavvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, Cacucci, 2018

NANIA R., *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in (a cura di) NANIA R., RIDOLA P., *I diritti costituzionali*, Torino, 2001

NAPOLITANO G., *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2011

NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, II ed., Il Mulino, 2014

NICOTRA F., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *federalismi.it*, 2017

NIGRO M., *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *Scritti giuridici*, III, 1819, 1985

NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966

NIRO R., Art. 41, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006

OPPO G., *L'iniziativa economica*, Relazione presentata al convegno "La Costituzione economica (a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale)", Milano, 6-7 maggio 1988, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 1, 309 ss.

PACE A., *Gli aiuti di Stato sono forme di tutela della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2004, 259

PACE A., *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *La Costituzione economica*, Atti, del Convegno dell'Associazione dei costituzionalisti (Ferrara, 11-12 ottobre 1991), Padova, 1997

PACE A., *Libertà del mercato e nel mercato*, in *Pol. dir.*, 1993

PACE F., *Il concetto di tutela della concorrenza, l'art. 117 Cost. e il diritto comunitario: la "costituzionalizzazione" dell'imprenditore sovvenzionato*, in *Giur. cost.*, 2004

PAJNO A., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, a cura di G. PELLEGRINO -A. STERPA, Roma, 2014

PAJNO A., *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Diritto amministrativo ed economia; una sinergia per la competitività del paese. Atti del LX convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2015, 80 ss.

PALADIN L., *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv.trim.dir.pubb.*, 1956

PATRONI GRIFFI F., *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa*, in *Questionegiustizia.it*, 1, 2021, 19 ss.

PATRONI GRIFFI F., *Giustizia amministrativa: ostacolo o servizio*, in *Astrid.it*, 2014

PATRONI GRIFFI F., *Usi e consuetudini giudiziari” e diritto giurisprudenziale*, relazione alla Tavola rotonda su «L’uso giudiziario», seminario su «I precedenti» (Roma, Seminari “Leibniz” per la teoria e la logica del diritto, Accademia dei Lincei, 6 luglio 2017), in *giustizia-amministrativa.it*, 2017

PERFETTI L., *Suddivisione in lotti*, in *Trattato sui Contratti pubblici*, Tomo I, a cura di SANDULLI M.A. e DE NICTOLIS R., 2019

PICOZZA E., *I lavori pubblici*, in, *Appunti per un manuale di diritto pubblico dell’economia*, a cura di JARICCI P., Roma, 1996

PICOZZA E., RICCIUTO V., *Diritto dell’economia*, II ed., 2017

PIETROSANTI A.G., *Sui gravi illeciti professionali previsti dall’art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. edil.*, 4, 2018, 209

PINI R., *Trattativa privata e posizioni giuridiche degli offerenti*, in *Dir. Econ.*, 1993, 572

PIRAS A., *Discrezionalità*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1954

PIVA P., *Criteri di aggiudicazione*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA, Padova, 2014, 779 ss.

PIZZI M., *Riflessioni sul principio di tassatività delle cause di esclusione: analisi critica della sentenza dell’adunanza plenaria del consiglio di stato n. 7 del 2020 alla luce della giurisprudenza europea*, *Foro amm.*, 4, 2020, 938

POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007

PRESUTTI E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910, 4, 20,

PRONTERA A., *L’agire discrezionale dell’amministrazione tra “vuoti” e “pieni” normativi*, in *Dir. proc. Amm.*, 2012, 1, 273 ss.

PROTTO M., *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urban. App.*, 2004

PUGLIESE F.P., *Contratto*, V) *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988

R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004

RAGANELLI B., *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, 2012

RAMAJOLI M., *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione* in *Dir. amm.*, 1, 2008

RANGONE C., *La discrezionalità delle amministrazioni e altre soluzioni per il miglioramento della contrattazione pubblica in Francia e nei principali sistemi europei*, in *Riv. Trim. app.*, 4, 2020

RICCIUTO V., NERVI A., *Il contratto con la pubblica amministrazione*, Napoli, 2009

RISSO F., *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di "soccorso istruttorio"*. *Foro amm. CDS*, 9, 2013, 2528

ROMANO S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1901

ROMANO S.A., *Attività di diritto privato delle Pubbliche amministrazioni*, in *D. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1989

RONIGER R., NEUMAYR F., HEMMELRATH H., *Public procurement 004/2005: The legal framework and practice keeps developing*, in *Global Competition Review*, 2006, *Special Report*, 57 ss.

ROSSI G., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017

RUOTOLO G.M., *La costituzione economica dell'Unione europea al tempo della crisi globale*, in *Aa.Vv. Studi sull'integrazione europea*, Cacucci Editore, 2012

SAITTA F., *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, Padova, 2004

SAITTA F., *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della costituzione italiana*, in *Ianus dir. e fin.*, 5, 2011

SANCHEZ GRAELLS A., *Public procurement and the EU competition rules*, II. Ed., Oxford-Portland, 2015

SANDULLI A., *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova, 1998

SANDULLI A. M., *I lavori pubblici*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Milano, 1967

SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Napoli, 1957

SANDULLI A.M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir.soc.*, 1975, 561

SANDULLI M. A., *L'oggetto*, in (diretto da) M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, *Trattato sui Contratti pubblici*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2008

SANDULLI M.A., *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, a cura di L. ANTONINI, Bologna, 2016

SANDULLI M.A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *Riv. giur. edilizia*, 6, 2010, 470

SANDULLI M.A., *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici*, in *Federalismi.it*, 11, 2018

SANDULLI M.A., CANCRINI A., *I contratti pubblici*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. MERLONI, L. VANDELLI PASSIGLI, Astrid, 2010

SANDULLI M.A., *Cognita causa*, in *Giustiziainsieme.it*, 6 luglio 2020

SANDULLI M.A., *Introduzione*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, III ed., Giuffrè, Milano, 2020

SANDULLI M.A., *La risorsa del giudice amministrativo*, in *Questionegiustizia.it*, 1, 2021

SANDULLI M.A., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 1, 2018, 45 ss.

SANINO M., *Procedimento amministrativo e attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Torino, 2003

SANTORO E., *Tassatività delle cause di esclusione*, in *lamministrativista.it*.

SARTER E. K., FUCHS S., SACK D., *SME-friendly public procurement in Germany? Legal strategies and political challenges*, University of Bielefeld, 2014

SAVINO M., *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO, Torino, 2013

SCACCHI A., *Nuove funzioni e poteri dell'ANAC*, in *Nuovo diritto degli appalti e Linee guida ANAC*, a cura di M.L. CHIMENTI, Roma, 2017, 43

SCARAMUZZA F., *Partenariato per l'innovazione*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., a cura di M. Clarich, Torino, 2019, 520

SCARAMUZZA F., *Dialogo competitivo*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., a cura di M. Clarich, Torino, 2019, 495

SCIAUDONE F., *Le nuove direttive appalti e concessioni: recepimento, elementi critici e opportunità, anche alla luce delle recenti novità normative*, in *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, a cura di FRANCHINI C., SCIAUDONE F., Napoli, 2015

SCOCA F.G., *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, 2002

SCOCA F.G., *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2, 2008, 257 ss.

SCOCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2000, 1149 ss.

SCOCA S., *I principi dell'evidenza pubblica*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Milano, 2010

SILVESTRI G., *Relazione di sintesi*, in *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, a cura di, M. AINIS, G. PITRUZZELLA, 2019, 149 ss.

SILVESTRI M., *Dall'atipicità alla tassatività delle cause di esclusione dalle pubbliche gare*, in *Giur.it*, 8-9, 2020, 1976 ss.

SIMONE S., ZANETTI L., *Appalti pubblici e concorrenza*, in *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. FIORENTINO, Astrid, 2007

SORDI V., *Le principali modifiche e integrazioni recate, in sede di conversione, al d.l. "Semplificazione"*, in *lamministrativista.it*, 15 settembre 2020

SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959

SPASIANO M.R., *I principi di pubblicità. Trasparenza e imparzialità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2017

TAGLIANETTI G., *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali. Contributo allo studio del potere decisionale degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 2018

TERRACCIANO G., COLARUSSO A. M., *L'indizio nella decisione amministrativa. Teoria e prassi dell'inferenza probatoria nell'esercizio della funzione amministrativa e del potere giurisdizionale*, Napoli, 2021

TOMASSETTI A., *Appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di R. DE NICTOLIS, M.A. SANDULLI, I, 2019

TORCHIA L., *Giustizia ed economia*, in *Giorn. dir.amm.*, 4, 2014

TORCHIA L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, testo della relazione per il 61 Convegno di Studi Amministrativi "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna 17-19 settembre 2015, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubb.*, 2004, 439 ss.

TRIMARCHI BANFI F., *Il "principio" di concorrenza: proprietà e fondamento* in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, 15 ss.

TRIMARCHI BANFI F., *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, V ed., Torino, 2016

TROPEA G., *Il Giudice amministrativo, giudice dell'economia*, in *Intervento pubblico dell'economia*, a cura di M. CAFAGNO, F. MANGANARO, Firenze, 2016

TRYBUS M., *The division of public contracts into lots under EU Directive 2014/24/EU*, in *European law review*, 43, 3, 2019

UBALDI A., *La procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara tra discrezionalità tecnica e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. Cds*, 10, 2013, 2724 ss.

URBANO G., GIUSTIZIANI M., *Procedure di scelta del contraente*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, Torino, 2010, 343 ss.

VILLAMENA S., *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Dir. Amm.*, 4, 2020

VINTI S., *L'evidenza pubblica*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, Tomo I, a cura di C. FRANCHINI, Milano, 2007

VIPIANA P. M., *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990.

VIRGA P., *Appunti sulla cd. discrezionalità tecnica*, in *Ius*, 1957, 195 ss.

VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968

VOLPE F., *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 791 ss.

WOLFGANG K., *Do we really think small first? How to go further with CSR on micro enterprises*, in *Uwf UmweltWirtschaftsForum*, 12, 24, 2016-12, 361 ss.