

LE PRIME CRITICITÀ NELL'APPLICAZIONE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DA PARTE DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA¹

Sommario: 1. Il “bene della vita” nell'appalto pubblico – 2. La *ratio* dell'evidenza pubblica – 3. L'onere di immediata impugnazione delle ammissioni – 4. La tutela della concorrenza e delle piccole e medie imprese – 5. La partecipazione alla gara di imprese controllate o collegate - 6. Note conclusive.

1. Il “bene della vita” nell'appalto pubblico

L'interesse legittimo è la posizione differenziata e qualificata di cui è titolare un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo, per cui traduce una relazione dinamica con un'amministrazione pubblica nell'esercizio autoritativo di un potere pubblico al fine di conseguire o conservare un'utilità che solo e soltanto quell'amministrazione è in grado di attribuire o di sottrarre.

Nella gara d'appalto, gli operatori economici qualificano e differenziano la propria posizione con la presentazione della domanda di partecipazione, ma occorre distinguere l'interesse dell'impresa di concorrere e, quindi, di superare la fase di ammissione per avere una *chance* di successo (interesse strumentale) e, una volta ammessa, quello di aggiudicarsi la gara stessa al fine di ottenere l'affidamento dell'appalto (interesse finale).

Il “bene della vita” oggetto di potere amministrativo al quale aspirano in via finalistica i concorrenti, vale a dire l'affidamento dell'appalto, è uno ed uno solo e può essere attribuito ad un unico partecipante, per cui costituisce una risorsa “scarsa” ed il rapporto amministrativo sostanziale è sempre complesso e plurilaterale.

¹ Relazione predisposta per il corso di formazione, in data 5 aprile 2018, su “L'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici: differenze e punti di contatto con gli appalti privati”, organizzato a Roma, presso il TAR Lazio, dall'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, in collaborazione con la Scuola Superiore della Magistratura.

Il testo costituisce l'aggiornamento e la rielaborazione di argomenti contenuti negli scritti dell'Autore pubblicati sul sito istituzionale della giustizia amministrativa “Riflessioni sulla tutela giurisdizionale nelle gare d'appalto con vincolo di aggiudicazione”, “il principio del *favor participationis* e la tutela delle piccole e medie imprese nell'affidamento degli appalti pubblici” ed “Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara”.

Il relativo rapporto processuale, quando è contestata l'aggiudicazione, è sempre trilaterale o plurilaterale ed intercorre tra chi non ha ottenuto il bene ed aspira ad averlo, la stazione appaltante e chi ha ottenuto il bene ed aspira a conservarlo, mentre, quando è contestata l'esclusione, il rapporto è tradizionalmente considerato bilaterale, tra l'operatore economico escluso e la stazione appaltante escludente, in quanto le altre imprese partecipanti sono ritenute prive di un interesse qualificato.

2. La *ratio* dell'evidenza pubblica

Un contratto di appalto stipulato da una amministrazione pubblica ha una genesi molto diversa da quella di un contratto d'appalto stipulato tra privati e ciò sia per i motivi che inducono la parte pubblica a contrarre, solitamente irrilevanti per i privati, laddove, invece, devono essere espressamente evidenziati nella determina a contrarre adottata dalla stazione appaltante pubblica, sia, e soprattutto, per la scelta del contraente, che costituisce uno dei principali precipitati dell'autonomia negoziale, mentre, nell'appalto pubblico, è sottratta alla discrezionalità dell'amministrazione, tenuta ad individuare il proprio contraente in esito ad una procedura di evidenza pubblica.

Il *public procurement* è la quota di spesa pubblica destinata all'acquisto di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione e rappresenta una leva di politica economica di particolare rilievo.

Il *corpus* normativo di disciplina dell'evidenza pubblica, in origine costituito dalla legge di contabilità di Stato, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, e dal suo regolamento di attuazione, R.D. 23 maggio 1924, n. 827, era finalizzato alla individuazione del "giusto" contraente dell'amministrazione, vale a dire del contraente in grado di offrire le migliori prestazioni e garanzie alle condizioni più vantaggiose, per cui la *ratio* della normativa sull'evidenza pubblica era volta esclusivamente al controllo della spesa per il miglior utilizzo del denaro della collettività (cd. concezione contabilistica).

A tale esigenza di tutela degli interessi pubblici, si è aggiunta nel tempo, sotto la incessante spinta dei principi e delle direttive comunitarie, l'ulteriore esigenza di tutela della libertà di concorrenza e di non discriminazione tra le imprese.

La concorrenzialità nell'aggiudicazione, che ha il suo elemento cardine nel principio di massima partecipazione alla gara delle imprese in possesso dei requisiti richiesti, dapprima funzionale al solo interesse finanziario dell'amministrazione, nel senso che la procedura competitiva tra imprese era, ed è, ritenuta la modalità più

efficace per assicurare la migliore spendita del denaro pubblico, è poi diventata un'espressione dell'ondata neoliberista degli ultimi decenni dello scorso secolo, che ha portato le autorità comunitarie a prendere in considerazione - ai fini della tutela della concorrenza, idonea a garantire l'efficiente allocazione delle risorse sul mercato - l'impatto concorrenziale prodotto dalle amministrazioni pubbliche in qualità di committenti o di concedenti, per cui ogni singola gara diviene uno specifico e temporaneo micromercato nel quale gli operatori economici del settore possono confrontarsi.

Il "mercato", quindi, da strumento a disposizione dell'amministrazione pubblica per conseguire risparmi di spesa è diventato esso stesso oggetto di tutela per il perseguimento di fini ulteriori, vale a dire la libertà di concorrenza tra gli operatori economici.

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 anche dalla giurisprudenza europea la quale, nel rappresentare 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 (*ex multis*: sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Quarta Sezione, 23 dicembre 2009 nel procedimento C-305/08 CoNiSMa/Regione Marche).

Le due finalità fondamentali dell'evidenza pubblica, che ne costituiscono una doppia anima, dovrebbero per quanto possibile coesistere ed il principio del *favor participationis* alla singola gara dovrebbe essere lo strumento essenziale per il perseguimento di entrambe, tanto che l'evoluzione del sistema, nella possibile contrapposizione tra tale principio e l'altro essenziale principio della *par condicio* tra gli offerenti è nel senso di consentire la partecipazione a tutte le imprese che, a prescindere da carenze solo formali e non concretamente lesive di interessi pubblici, sono in possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti per concorrere all'affidamento dell'appalto.

In tal senso, è in atto un processo di dequotazione delle carenze formali che precludono l'accesso alla gara, di cui sono testimoni, in particolare, l'introduzione del principio di tassatività delle fonti delle cause di esclusione (il comma 8 dell'articolo 83 del D.Lgs. n. 50/2016, in continuità con il previgente comma 1 *bis* dell'articolo 46 del D.Lgs. n. 163/2006, commina la nullità delle previsioni della *lex specialis* di gara che stabiliscano cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle

normativamente fissate) e l'ampliamento del c.d. soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016.

Il nuovo codice degli appalti pubblici, con l'introduzione di specifiche norme processuali, ha aggiunto un terzo obiettivo all'evidenza pubblica, già da qualche tempo, peraltro, immanente al sistema.

Il d.lgs. n. 50 del 2016, infatti, nel novellare l'art. 120 del codice del processo amministrativo, ha introdotto norme che incidono in maniera significativa sulla disciplina processuale del contenzioso in materia di appalti ed impongono riflessioni anche di natura sostanziale per le ricadute sistemiche che sono in grado di determinare.

In particolare, l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. (inserito dall'art. 204 del d.lgs. n. 50 del 2016, a decorrere dal 19 aprile 2016) detta un termine perentorio di trenta giorni per impugnare gli atti di ammissione alla gara di altri candidati impedendo, in caso di omessa impugnazione, che eventuali vizi di ammissione possano essere fatti valere in via derivata nell'impugnazione dell'aggiudicazione o, in via incidentale, dal controinteressato aggiudicatario.

Il successivo comma 6 *bis*, per tali casi, prevede tempi rapidissimi per la definizione del giudizio.

L'esigenza sottesa a tale novella, coerente con la generale natura iperaccelerata che caratterizza il rito appalti, consente di individuare una terza dimensione della normativa sull'evidenza pubblica, introdotta dalla normativa processuale, volta a garantire la sollecita prestazione delle opere e dei servizi attraverso la rapida acquisizione del crisma della definitività alle procedure di affidamento, il che postula una sicurezza giuridica delle posizioni oltremodo tempestiva.

La dimensione "tridimensionale" dell'evidenza pubblica pone nuovi e consistenti problemi nel rapporto tra il perseguimento degli "storici" obiettivi di libertà della concorrenza ed individuazione del miglior contraente e la realizzazione dell'ulteriore obiettivo di garantire la sollecita definizione dei rapporti e la rapida realizzazione delle prestazioni a favore della stazione appaltante nell'interesse della stessa e delle imprese concorrenti, per le quali l'aspetto diacronico assume sempre più evidente rilievo nelle scelte strategiche di pianificazione finanziaria e degli investimenti.

3. L'onere di immediata impugnazione delle ammissioni

La terza dimensione, della rapidità nella definizione dei procedimenti in materia di appalto e dei relativi contenziosi, emerge, come detto, dal disposto di cui all'art. 204 del d.lgs. n. 50 del 2016, che ha apportato significative modificazioni al c.d. rito appalti disciplinato dal codice del processo amministrativo.

In particolare, ha aggiunto il seguente comma 2 *bis* all'art. 120 c.p.a.: *“Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività”*.

L'art. 204 ha altresì aggiunto all'art. 120 c.p.a. il comma 6 *bis*, secondo cui: *“Nei casi previsti al comma 2-bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito negli stessi termini, in udienza pubblica”*.

L'onere di tempestiva impugnazione dell'esclusione dalla gara non costituisce alcuna novità in quanto, da un lato, trattandosi di un provvedimento immediatamente e direttamente lesivo della sfera giuridica del candidato, l'esclusione deve essere impugnata nel termine decadenziale decorrente dalla sua piena conoscenza, dall'altro, il termine dimezzato di trenta giorni, in luogo di quello ordinario di sessanta giorni, per impugnare gli atti relativi alle procedure di affidamento era stato già introdotto dall'art. 120, comma 5, c.p.a.

L'onere di immediata impugnazione dell'ammissione alla gara di altri candidati, invece, introduce una vistosa novità nel sistema, imponendo ad un qualunque partecipante, che in quel momento non sembra soffrire alcuna lesione di una sua posizione protetta, di impugnare un atto, rispetto al quale è terzo, prima che la stazione appaltante disponga l'aggiudicazione della gara e, quindi, prima che la

lesione eventualmente si attualizzi con l'aggiudicazione a favore del concorrente della cui ammissione si discute.

La novella legislativa, infatti, rende inammissibili le censure che, nell'impugnazione dell'aggiudicazione, siano per la prima volta proposte avverso l'ammissione di altri candidati, vale a dire le censure afferenti alla fase c.d. di prequalificazione, sicché la tutela in materia di gare pubbliche di appalto ha assunto tendenzialmente una "struttura bifasica", avendo distinto in maniera netta tra le doglianze che riguardano la legittimità della partecipazione dei concorrenti alla gara e quelle che riguardano lo svolgimento della procedura concorsuale tra le imprese la cui ammissione non può più essere posta in discussione.

In proposito è stato osservato che, in vista del dominante interesse generale alla speditezza delle procedure, si è ricercata una sicurezza giuridica immediata sulle figure dei protagonisti della gara, per cui la formazione della platea dei concorrenti, cioè l'ammissione o l'esclusione dalla gara per carenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, è stata elevata a esigenza speciale di certezza preventiva.

Gli effetti deflattivi del contenzioso sono destinati ad interessare anche le impugnazioni incidentali, la maggior parte delle quali hanno natura "escludente", vale a dire che mirano a contestare la legittima ammissione alla gara del concorrente ricorrente principale.

L'idea di fondo, quindi, è quella di blindare la fase delle ammissioni, nella quale si annidano la maggior parte dei germi dell'attuale contenzioso, attraverso una preclusione processuale o comunque un suggello giudiziario, sì da affrancare tendenzialmente dal contenzioso la fase dell'aggiudicazione.

Fino all'entrata in vigore del nuovo codice, un'impugnativa immediata dell'ammissione alla gara di un terzo partecipante sarebbe stata dichiarata inammissibile per carenza delle condizioni soggettive dell'azione, non sussistendo alcuna lesione da rimuovere, salva l'eventuale impugnazione con motivi aggiunti dell'aggiudicazione, ove intervenuta in favore dell'operatore economico la cui ammissione era stata contestata, nel cui ambito dedurre censure in via derivata dall'illegittima ammissione dell'aggiudicatario.

Il nuovo codice cambia lo scenario e, nell'imporre un onere di immediata impugnazione di un atto che, al momento in cui l'impugnazione deve essere proposta, non sembra ledere, se non in via del tutto ipotetica, la sfera giuridica di alcun soggetto, e, nel disporre che la omessa impugnazione dell'ammissione del terzo

preclude la possibilità di far valere l'illegittimità in via derivata dei successivi atti di gara, introduce una previsione di dubbia legittimità costituzionale, con riferimento alla lesione degli artt. 24, 103 e 113 Cost., nonché sembra postulare un insussistente carattere oggettivo della giurisdizione amministrativa, provocando un *vulnus* alla *ratio* sostanziale dell'evidenza pubblica.

Prima dell'aggiudicazione definitiva della gara, così come prima dell'approvazione della graduatoria di un concorso pubblico, infatti, la giurisprudenza sinora non identificava situazioni soggettive di interesse protetto in posizione antagonista rispetto a chi è ammesso alla gara o contesta la propria esclusione dal concorso.

L'interesse qualificato e tutelabile si è ritenuto sorgesse con l'aggiudicazione della gara, o, in un concorso per l'accesso al pubblico impiego, con l'approvazione della graduatoria definitiva, considerato che, con tale atto, l'amministrazione attribuisce il "bene della vita" finale, l'affidamento dell'appalto, ad un concorrente e nega il "bene della vita" agli altri concorrenti, mentre non si considerava qualificato e, quindi, tutelabile l'interesse, che pur di fatto sussiste, a confrontarsi con una platea più ristretta di candidati.

L'interesse a competere con un numero inferiore di operatori economici al fine di accrescere le proprie *chances* di conseguimento dell'utilità finale è stato tradizionalmente considerato un interesse di mero fatto e non un interesse legittimo ed è per tale motivo che è stato costantemente escluso l'obbligo di notificare ai concorrenti ammessi alla gara o al concorso il gravame proposto dall'aspirante escluso avverso la propria esclusione, mentre, se l'interesse a concorrere con una minore platea di concorrenti fosse da qualificare come interesse legittimo, come potrebbe ipotizzarsi a seguito della modifica legislativa, gli ammessi dovrebbero essere qualificati controinteressati in senso tecnico.

Ne consegue che, seguendo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, attribuire una legittimazione *ex lege* ad ogni concorrente per impugnare l'ammissione di altri, in assenza di un interesse qualificato al ricorso, sembra determinare una deriva oggettivistica estranea alla nostra giurisdizione sin dai suoi albori, mentre negare la possibilità di articolare censure, in via principale o incidentale, avverso l'ammissione del terzo aggiudicatario o del ricorrente principale al fine di dimostrarne in giudizio l'illegittimità potrebbe produrre un *vulnus* al fondamentale diritto di agire in giudizio a tutela dei propri interessi contro gli atti della pubblica amministrazione, consacrato dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.

Una volta intervenuta l'aggiudicazione, l'interesse legittimo del concorrente non aggiudicatario cambia colore in quanto la pretesa a divenire aggiudicatario o ad avere una nuova *chance* attraverso la rinnovazione della gara postula l'eliminazione del provvedimento che ha attribuito il bene ad altra impresa, mentre l'aggiudicatario diviene titolare di un interesse legittimo oppositivo a conservare il "bene della vita" che ha conseguito.

L'aggiudicazione, in altri termini, è fonte di nuove posizioni giuridiche soggettive, differenti in ragione della posizione di ogni singolo concorrente, atteso che l'aggiudicatario diviene titolare di un interesse legittimo oppositivo, in cui il bene della vita è costituito dalla conservazione dell'affidamento dell'appalto, ed i concorrenti non aggiudicatari divengono titolari di nuovi interessi legittimi pretensivi, in cui il bene della vita può essere costituito dall'aspirazione all'aggiudicazione (e ciò vale essenzialmente per il secondo in graduatoria o per i successivamente collocati che tendano a contestare la legittima posizione di tutti i concorrenti in posizione anteriore) ovvero dall'aspirazione ad una nuova *chance* di aggiudicazione a seguito della rinnovazione della gara (e ciò vale per i concorrenti che comunque, in esito ad un eventuale contenzioso o all'esercizio del potere amministrativo di autotutela che porrebbe nel nulla gli atti di gara, non potrebbero collocarsi in prima posizione).

Viceversa, la novella al nuovo codice dei contratti pubblici - nell'introdurre la possibilità di tutelare l'interesse, finora considerato di mero fatto, ad una minore platea di concorrenti - tutela effettivamente, se le ammissioni di terze imprese saranno impugnate, l'interesse pubblico oggettivo alla partecipazione dei soli concorrenti in possesso dei requisiti nonché, in ogni caso, l'interesse generale alla intangibilità in un ristretto arco temporale delle ammissioni dei concorrenti alla gara e, nel precludere la possibilità di far valere in via derivata i vizi dell'ammissione dell'aggiudicatario, o del ricorrente principale se tali vizi sono dedotti dal controinteressato in via incidentale, esclude o limita fortemente la possibilità di tutela dell'interesse legittimo che ha la propria fonte nell'aggiudicazione, con possibile *vulnus* agli artt. 24,103 e 113 Cost.

In definitiva, da un lato, è stabilito un onere di impugnazione di atti non immediatamente lesivi o, per meglio dire, solo marginalmente lesivi e, quindi, a tutela più di interessi generali che di interessi individuali, per cui sembra agevole prevedere che solo in particolare casi gli atti di ammissione alla gara saranno impugnati, dall'altro, è preclusa la possibilità di far valere vizi di legittimità della fase di prequalificazione, in via principale o incidentale, quando l'interesse qualificato

effettivamente sorge, atteso che, con l'aggiudicazione ad una determinata impresa, si determina la vera e più profonda lesione alla sfera giuridica degli altri concorrenti.

Peraltro, anche volendo ritenere che la legittimazione *ex lege* ai fini dell'impugnazione degli atti di ammissione delle altrui imprese sia attributiva di un interesse legittimo, vale a dire qualifichi l'interesse differenziato di ciascuna impresa a concorrere con il minor numero possibile di altri operatori economici, la tutela dell'interesse legittimo che, come innanzi descritto, ha la propria fonte nell'altrui aggiudicazione, non potendosi far valere in tale sede vizi relativi al possesso dei requisiti di ammissione dell'aggiudicataria, risulterebbe comunque menomata, così come sarebbe menomata la tutela dell'interesse legittimo che ha la propria fonte nell'aggiudicazione a favore, non essendo seriamente ipotizzabile che un'impresa acceda indiscriminatamente agli atti di tutte le imprese partecipanti al fine di verificare la possibilità di un'impugnativa "a tappeto" della loro ammissione nella fase di prequalifica.

Va da sé che, ove si ritenesse che la legittimazione *ex lege* all'impugnazione degli atti di ammissione valga ad elevare un interesse di mero fatto ad interesse legittimo in quanto non solo differenziato ma anche qualificato, occorrerebbe sostenere anche, in difformità dalla consolidata giurisprudenza sul punto, che, in quanto controinteressati in senso tecnico, l'impugnazione dell'esclusione dovrebbe essere necessariamente notificata a tutti i partecipanti ammessi alla gara.

D'altra parte, se così non fosse e dovesse essere accolta l'azione di annullamento del provvedimento di esclusione – atteso che l'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. inibisce la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento per l'omessa impugnazione dell'atto di ammissione, mentre nella fattispecie non è stato adottato alcun atto di ammissione, e considerato che, ai sensi dell'art. 2909 c.p.c., la sentenza che ha annullato il provvedimento di esclusione, anche se passata in giudicato, non è idonea a fare stato nei confronti di chi non è stato parte del processo – il terzo pretermesso, ove il soggetto originariamente escluso dovesse aggiudicarsi l'appalto, potrebbe impugnare l'aggiudicazione facendo valere vizi derivati dall'illegittima ammissione (così come l'aggiudicatario potrebbe far valere in via incidentale l'illegittima ammissione del ricorrente principale originariamente escluso), con conseguente frustrazione della separazione "bifasica" cui è orientata la novella.

A fronte di talune pronunce del giudice di primo grado che hanno ritenuto di non sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma introdotta dal

nuovo codice, il TAR Piemonte, con la recente ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea i seguenti quesiti:

1) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 120 comma 2 bis c.p.a, che, impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti;

2) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'art. 120 comma 2 bis c.p.a, che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato.

In particolare, il TAR sabauda – nel rilevare, tra l'altro, che si potrebbe prospettare l'ipotesi di contestata ammissione di una ditta partecipante che, tuttavia, conclusa la gara, potrebbe non risultare aggiudicataria nonché l'ipotesi che la stessa ricorrente, a conclusione del procedimento, potrebbe porsi in una posizione tale da non avere alcun interesse ad impugnare l'aggiudicazione – ha posto in rilievo come corollario indefettibile dei principi europei sia che la tutela giurisdizionale deve esserci solo ove vi sia stata una lesione di un diritto o di un interesse legittimo e che vi sia un interesse, concreto ed attuale, ad una pronuncia dell'autorità giudiziaria, mentre il legislatore non potrebbe mai imporre di azionare lo strumento processuale prima che detta lesione concreta ed attuale sia reale ed effettiva, per cui il principio di effettività sostanziale non può dirsi rispettato quando la possibilità di contestare le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici sia affidata all'iniziativa di soggetti che non hanno alcuna garanzia di poter ricavare vantaggi materiali dal favorevole esito della controversia.

L'ordinanza *de qua* ha altresì rilevato che le norme censurate hanno introdotto una tipologia di contenzioso che si qualifica per essere un giudizio di tipo oggettivo, contrario ai principi comunitari che forgiavano il diritto di azione come diritto del solo

soggetto titolare di un interesse attuale e concreto, interesse che, nell'ipotesi di gare d'appalto, consiste unicamente nel conseguimento dell'aggiudicazione, o, al più, quale modalità strumentale al perseguimento del medesimo fine, nella *chance* derivante dalla rinnovazione della gara.

Il Tribunale del Piemonte sottolinea ancora il rischio che l'operare del nuovo meccanismo preclusivo finisca per rendere inattaccabili aggiudicazioni disposte in favore di soggetti privi dei requisiti di partecipazione, poste a presidio della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali, con lesione della primaria esigenza volta ad assicurare che le commesse pubbliche siano affidate al soggetto maggiormente idoneo.

Proprio in relazione a tale ultimo profilo, ritengo che il perseguimento in modo indiscriminato dell'interesse pubblico a che l'assetto del rapporto amministrativo sia rapidamente definito con la conseguente tempestività dell'esecuzione delle prestazioni in favore delle stazioni appaltanti e la sicurezza della posizione giuridica dell'impresa aggiudicataria - pur di indubbio rilievo per gli impatti macroeconomici che inevitabilmente hanno i ritardi degli affidamenti causati dal proliferare di un contenzioso che mette continuamente in discussione anche gli atti relativi alla fase del possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara - possa presentare profili di criticità quando entra in rotta di collisione con la *ratio* della normativa sostanziale sull'evidenza pubblica.

La possibilità di far valere i vizi della fase di prequalifica solo in un momento anticipato quando sussiste esclusivamente l'interesse, sinora considerato di mero fatto, a ridurre le partecipazioni alla gara, ma quando gli altri interessi legittimi, quelli storicamente considerati come tali non hanno ancora trovato emersione, e la conseguente impossibilità giuridica di far valere tali vizi in via derivata nel giudizio avverso l'aggiudicazione ovvero in quello incidentale contro il ricorrente principale, infatti, può determinare, come esito finale, che l'appalto sia affidato ad un operatore economico che non aveva i requisiti per partecipare, la cui ammissione, non impugnata, resta intangibile, con evidente compromissione sia del libero esplicarsi della concorrenza sul mercato sia dell'individuazione del contraente migliore per la stazione appaltante.

La potenziale lesione al diritto di difesa, come evidenziato, riguarda anche il controinteressato all'impugnazione dell'aggiudicazione, vale a dire il concorrente che, avendo ottenuto l'affidamento dell'appalto, è divenuto titolare di un interesse legittimo oppositivo avente ad oggetto la conservazione del bene.

Il controinteressato, infatti, non può utilmente proporre ricorso incidentale “escludente”, e cioè censure volte a contestare l’ammissione alla gara del ricorrente principale, incorrendo anch’egli nella preclusione di cui all’art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., ove non abbia impugnato nei termini l’ammissione del concorrente che ora contesta la propria aggiudicazione.

Tuttavia, pur nella vigenza della nuova normativa, il controinteressato talvolta contesta con l’azione incidentale la legittimità dell’ammissione del ricorrente principale, volendo verosimilmente sostenere che il proprio interesse è sorto con la proposizione del ricorso principale.

Tale prospettazione, però, avrebbe potuto essere coerente con il sistema previgente, mentre, nel sistema introdotto con il nuovo codice, l’azione incidentale così proposta dovrebbe andare incontro ad una inevitabile declaratoria di inammissibilità in quanto l’impugnazione dell’ammissione dell’altra impresa, poi divenuta ricorrente principale poiché insorta contro l’aggiudicazione, avrebbe potuto e dovuto, ai sensi dell’art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., essere fatta valere con ricorso autonomo.

La “forzatura” della nuova norma è evidente anche in tal caso poiché, anche volendo ammettere che l’evoluzione legislativa abbia elevato a rango di interesse legittimo l’interesse di mero fatto alla meno ampia partecipazione alla gara, nondimeno è estremamente arduo ritenere che, consentendo l’immediata impugnazione dell’ammissione altrui, la norma abbia rispettato il parametro costituzionale della indefettibile tutela giudiziaria delle posizioni giuridiche soggettive.

4. La tutela della concorrenza e delle piccole e medie imprese

Nello scenario delineato dalla normativa europea e nazionale in materia, all’interno della tutela della libertà di concorrenza, si è aggiunto un ulteriore ed autonomo obiettivo di politica economica e sociale e cioè la tutela delle piccole e medie imprese (sulle ragioni di tale specifica tutela cfr Consip, Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d’appalto. Quaderni 2/2016).

Le PMI, infatti, rappresentano la spina dorsale dell’economia dell’Unione Europea, per cui la garanzia di un loro più ampio accesso alle gare e l’aumento delle probabilità di un loro successo costituiscono un obiettivo primario, ulteriore rispetto alla massimizzazione del rapporto qualità/prezzo che continua ad essere uno, ma non il solo, degli obiettivi del *procurement* pubblico.

Proprio per questo, esplicitandolo in diversi “considerando”, la direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio reca tra i propri principi

essenziali il facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese (di seguito anche PMI) agli appalti pubblici.

Nell'ordinamento interno, con il nuovo codice degli appalti pubblici e delle concessioni (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che ha attuato, tra le altre, la direttiva 2004/24/UE, risulta evidente che la funzione proconcorrenziale delle regole di evidenza pubblica ha assunto ancora maggiore rilievo ed è divenuta il baricentro del sistema.

L'art. 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 sancisce che le disposizioni ivi contenute sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, sicché è consequenziale ritenere che i provvedimenti adottati in applicazione del codice degli appalti, ove non realizzino detta finalità, violano le regole stesse ed i principi di libera concorrenza.

Il settimo comma dell'art. 30 dispone che “i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e medie imprese”, così come l'art. 83, comma 2, d. lgs. n. 50 del 2016 prevede che i requisiti di idoneità professionale e le capacità economica e finanziaria e tecniche – professionali sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, “tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione”.

Le norme “chiave” in tema di tutela delle piccole e medie imprese, però, sono contenute nell'art. 51 del nuovo codice il quale, al primo comma, stabilisce non solo che, nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, “al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali ... in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture”, ma anche che “nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese”.

L'evoluzione storica della normativa sulla possibile suddivisione dell'appalto in lotti è sintomatica della fluidità dell'equilibrio che nel tempo ha caratterizzato la diverse finalità sottese all'evidenza pubblica.

Le origini dell'istituto risalgono al regolamento di contabilità pubblica del 1924 il quale, all'art. 37, stabiliva che le forniture, i trasporti e i lavori fossero possibilmente suddivisi in lotti quando ciò fosse più vantaggioso per l'amministrazione.

La legislazione che si è susseguita dalla legge n. 109 del 1994, invece, è stata attenta ad evitare che, attraverso il frazionamento degli appalti, si giungesse alla elusione della normativa applicabile agli appalti sopra soglia.

In particolare, l'art. 29, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 ha stabilito che *“nessun progetto d'opera né alcun progetto di acquisto volto ad ottenere un certo quantitativo di forniture o di servizi può essere frazionato al fine di escluderlo dall'osservanza delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non vi fosse stato”*.

La *ratio* della norma è di evitare elusioni della disciplina comunitaria da parte delle stazioni appaltanti che potrebbero frazionare un unico contratto di valore pari o superiore alla soglia comunitaria ottenendo lotti di valore inferiore, i quali, astrattamente, potrebbe essere aggiudicati con procedure meno competitive di quelle previste per i contratti sopra soglia.

La suddivisione in lotti di un appalto, in base a tale disciplina, non era di per sé illegittima, ma era vietata, imponendo la normativa proconcorrenziale comunitaria, laddove la somma dei singoli lotti superava la soglia comunitaria, mentre ogni singolo lotto diveniva di valore inferiore alla soglia stessa.

L'emersione dell'esigenza di tutela delle piccole e medie imprese ha poi portato ad optare per la tendenziale suddivisione degli appalti in lotti già con l'art. 2, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006 (introdotto dall'art. 44, comma 7, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214).

Detta ripartizione, in coerenza con quanto previsto dall'ordinamento sovranazionale, costituisce lo strumento individuato dal legislatore del 2016 per realizzare l'obiettivo di facilitare la partecipazione agli appalti pubblici delle piccole e medie imprese.

La norma di cui all'attuale art. 51 del codice contiene una significativa differenza, atteso che, mentre l'art. 2, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006 aveva stabilito che, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti, “ove possibile ed economicamente conveniente”, devono suddividere gli appalti in lotti funzionali, l'art. 51, comma 1, del nuovo codice si limita a stabilire che le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali o in lotti prestazionali.

In altri termini, laddove nella disciplina previgente, la suddivisione in lotti era subordinata alla condizione della convenienza economica, nella nuova disciplina tale condizione sparisce, con la conseguenza che la suddivisione in lotti diventa una regola generale, che, nel caso di appalti di dimensioni consistenti, ben difficilmente può essere disattesa.

Di talché, all’iniziale preoccupazione che il frazionamento in lotti dell’appalto unitario potesse sottendere l’artificio della stazione appaltante di “confezionare” lotti di valore inferiore alla soglia comunitaria al fine di non applicare la più rigorosa disciplina in materia, si è sostituita la preoccupazione che agli appalti di rilevante dimensione, banditi soprattutto dalle centrali di committenza e dalle stazioni appaltanti di notevoli dimensioni, possano partecipare solo le grandi imprese precludendo la possibile partecipazione alle piccole e medie imprese.

Va da sé che alla più ampia ripartizione in lotti corrisponde un minore perimetro territoriale o prestazionale della gara, sicché maggiore sarà il numero atteso dei partecipanti alla procedura in ragione della previsione di requisiti di accesso meno stringenti; di converso, l’aumento del numero dei lotti comporta inevitabilmente un aumento dei costi del processo a carico della stazione appaltante.

L’individuazione dell’ambito ottimale del territorio e delle prestazioni postula, soprattutto nelle gare di maggiore rilievo - quali quelle indette dalle centrali di committenza, che pure hanno come loro ruolo precipuo il perseguimento di obiettivi di efficientamento della spesa pubblica - un’articolata istruttoria ed uno specifico obbligo motivazionale, atteso che può ritenersi manifestamente illogico considerare ambiti ottimali lotti per l’affidamento dei quali possono concorrere individualmente soltanto poche imprese di grandi dimensioni con preclusione alla partecipazione individuale delle altre imprese, di piccole e medie dimensioni, che compongono il mercato (cfr., in tema, Cons. Stato, V, 6 marzo 2017, n. 1038; TAR Lazio, II, 30 agosto 2016, n. 9941 e 26 gennaio 2017, n. 1345; TAR Lazio, I quater, 6 aprile 2017, n.293).

Né può assumere rilievo dirimente la possibilità di costituire un Raggruppamento Temporaneo di Imprese o la possibilità di ricorrere all’avvalimento, atteso che tali opzioni costituiscono il frutto di scelte discrezionali di tutte le imprese coinvolte, per cui non è sufficiente la volontà della piccola o media impresa che intende partecipare alla gara, essendo necessaria anche una coincidente volontà delle altre imprese nella costituzione dell’eventuale raggruppamento e dell’impresa o delle imprese ausiliarie nell’avvalimento.

Ne consegue che l’astratta possibilità di costituire un RTI o di ricorrere all’avvalimento - che pure costituiscono strumenti volti a consentire la partecipazione delle imprese che non potrebbero concorrere sulla base delle proprie esclusive capacità - non esclude che la previsione di lotti di consistenti dimensioni possa precludere la possibile partecipazione individuale dell’impresa, concretando in tal modo 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.

L'ambito territoriale o prestazionale ottimale, in definitiva, dovrebbe consentire il funzionamento di un mercato in cui la facoltà di presentare offerte in forma singola sia concessa non solo ai *players* dello stesso, ma anche, per quanto possibile, alle imprese di medie e piccole dimensioni al fine di incentivare una concorrenza piena, con possibilità per ogni impresa di incrementare le proprie qualificazioni e la propria professionalità, e di trarre i potenziali benefici in termini di qualità di servizi resi e di prezzi corrisposti.

L'efficacia dell'attività di una centrale di committenza, ma lo stesso può dirsi per ogni stazione appaltante di notevoli dimensioni, in definitiva, risiede nella capacità di trovare il giusto equilibrio tra i suoi obiettivi primari, in particolare la razionalizzazione della spesa e l'efficienza dei processi di acquisto ed il rispetto delle dinamiche del mercato e della concorrenza, ivi compresa la necessità di favorire la partecipazione ed accrescere le possibilità di aggiudicazione per le PMI.

L'art. 51, ai commi 2 e 3, prevede strumenti ulteriori, per incrementare la possibilità di aggiudicazione delle singole gare alle piccole e medie imprese: il vincolo di partecipazione ed il vincolo di aggiudicazione.

Il vincolo di partecipazione, consentito dal secondo comma, costituisce la facoltà per la stazione appaltante di indicare nel bando di gara o nella lettera di invito se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni o per tutti i lotti.

Il vincolo di aggiudicazione, consentito dal terzo comma, costituisce la possibilità per la stazione appaltante, anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, di limitare il numero dei 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.

Tali strumenti hanno anch'essi la loro radice nella normativa europea e, in particolare, nell'art. 46, comma 2, della menzionata direttiva 2014/24/UE, secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse se le offerte possono essere presentate per uno solo lotto, per alcuni lotti o per tutti (vincolo di partecipazione) e 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.

La suddivisione dell'appalto in lotti ed, a maggior ragione, la previsione nella *lex specialis* di gara di un vincolo di partecipazione o di un vincolo di aggiudicazione, oltre ad aumentare i costi del processo a carico della stazione appaltante, pongono dei problemi di compatibilità, in relazione alla singola gara, nel contestuale perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico che il sistema mira a realizzare.

La separazione in lotti, come più volte evidenziato, mira ad assicurare una maggiore possibilità di partecipazione alle piccole e medie imprese. Tuttavia, non può escludersi che, ove la stazione appaltante avesse indetto una gara unica, il singolo offerente, verosimilmente un *player* di mercato, avrebbe potuto formulare un'offerta più conveniente della somma delle offerte che ha presentato per i diversi lotti in cui l'appalto è ripartito.

Il vincolo di partecipazione, inibendo alle imprese la possibilità di concorrere per tutti i lotti in cui è suddivisa la procedura di affidamento, mira ad accrescere le possibilità di successo alla singola gara alle piccole e medie imprese; tuttavia, la tecnica refluisce in un possibile *vulnus* sia per la massima partecipazione alla gara stessa, atteso che il concorrente teoricamente interessato a presentare la domanda per tutti i lotti non può farlo, sia per la formulazione dell'offerta più conveniente, atteso che l'impresa inibita alla partecipazione, per la presentazione della domanda in altro o altri lotti, ben avrebbe potuto formulare la migliore offerta per il lotto alla quale è preclusa.

Il vincolo di aggiudicazione, escludendo la possibilità per l'impresa concorrente di rendersi aggiudicataria di tutti o parte dei lotti, mira anch'esso a garantire maggiori *chances* di aggiudicazione della singola gara per le piccole e medie imprese pur in presenza di aziende meglio posizionate sul mercato; tuttavia, anche tale strumento può evidentemente incidere sulla possibilità che il lotto non sia aggiudicato al miglior offerente in quanto già aggiudicatario di altro lotto.

La possibile negativa incidenza sul principio del *favor participationis* e sull'esigenza di spendere il denaro pubblico nel modo più conveniente possibile è chiaramente presente soprattutto laddove la stazione appaltante si avvalga sia del vincolo di partecipazione sia del vincolo di aggiudicazione.

La necessità, nell'ambito della generale esigenza di protezione della concorrenza, di tutelare le piccole e medie imprese per facilitarne la partecipazione alle gare nonché aumentarne le probabilità di aggiudicazione, quindi, può ledere l'interesse a ricercare la migliore offerta sotto un profilo qualitativo e quantitativo al fine di spendere nel modo migliore le risorse economiche della collettività e può altresì, nei vincoli di partecipazione, addirittura ledere il principio del *favor participationis*.

Tali considerazioni, però, valgono con riferimento alla singola gara, vale a dire in un'ottica di brevissimo periodo.

In un'ottica temporale più ampia, invece, occorre rilevare che solo dalla possibilità che le gare siano aggiudicate ad imprese diverse dai *players* di mercato può conseguire un ulteriore impulso all'apertura dei mercati atteso che solo in tal modo diviene possibile per le imprese di non grandi dimensioni acquisire le

qualificazioni ed i requisiti necessari alla partecipazione ad un numero sempre più ampio di competizioni.

In altri termini, se le gare fossero aggiudicate costantemente alle stesse imprese di rilevanti dimensioni, il mercato non riuscirebbe mai ad aprirsi ad altri competitori in grado di contrastare gli attuali *players* e ciò potrebbe ridondare in un funzionamento del mercato tale da vulnerare anche l'interesse delle amministrazioni aggiudicatrici ad ottenere la migliore offerta tra quelle possibili.

Diversamente, una maggiore partecipazione delle PMI alle gare ed una maggiore possibilità di successo per le stesse consentirebbe nel tempo alle amministrazioni aggiudicatrici di allargare il numero dei potenziali contraenti e di ridurre l'incidenza degli operatori maggiori, con conseguenze vantaggiose in tema di confronto competitivo.

In definitiva, la struttura competitiva del mercato, attraverso la tutela delle piccole e medie imprese, in un'ottica di medio lungo periodo, tende a rafforzarsi, impedendo che il mercato rilevante sia dominato da poche grandi imprese.

5. La partecipazione di imprese controllate e collegate

La previsione da parte delle stazioni appaltanti di vincoli di partecipazione e, soprattutto, di vincoli di aggiudicazione ha generato la nascita di questioni di indubbio interesse.

In particolare, la giurisprudenza si è occupata più volte dell'applicabilità dell'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016 (art. 38, comma 1, lett. m *quater*, del precedente codice) agli appalti suddivisi in lotti con la previsione di un vincolo di aggiudicazione.

La norma stabilisce che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico che si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

Il problema che si pone è se - nell'ipotesi in cui in una gara suddivisa in lotti sia previsto un vincolo di aggiudicazione per uno solo dei lotti, nel senso che ogni impresa può aggiudicarsi un solo lotto - possano partecipare, ciascuna ad un diverso lotto, imprese appartenenti ad un medesimo gruppo, vale a dire imprese controllate totalmente da una *holding* ovvero la *holding* e società controllate dalla stessa.

In altri termini, ci si chiede se sia ammissibile e compatibile con la *ratio* del sistema consentire che più Società appartenenti al medesimo gruppo (siano esse tutte controllate da una stessa *holding* oppure la *holding* ed altre controllate) partecipino ognuna ad un lotto distinto per poter eventualmente concorrere ciascuna all'aggiudicazione del lotto al quale partecipa.

Va da sé che l'appartenenza delle imprese al medesimo gruppo societario identifica certamente l'ipotesi di imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, ipotesi che il legislatore mira a scongiurare, storicamente per evitare la presentazione di offerte non genuine.

La giurisprudenza (da ultimo Consiglio di Stato, V, 12 gennaio 2017, n. 52) ha ritenuto che l'unicità del centro decisionale, che legittima l'esclusione delle imprese appartenenti a tale centro, postula la partecipazione delle imprese controllate o collegate ad una specifica e determinata gara perché solo in presenza di tale circostanza può essere ravvisata la lesione del principio della concorrenza e un potenziale condizionamento all'esito della procedura.

La scelta di ciascuna impresa di partecipare ad un lotto diverso, insomma, non costituirebbe di per sé sola un'ipotesi restrittiva della concorrenza, né inciderebbe sulla possibilità degli operatori economici di partecipare a tutti i lotti, né, infine, pregiudicherebbe la possibilità di alcun concorrente di ottenere l'aggiudicazione.

Ciò perché, nella fattispecie descritta, ciascun lotto deve essere considerato un'autonoma procedura di gara in quanto finalizzata ad un distinto contratto e le imprese appartenenti al gruppo, astrattamente riconducibili ad un unico centro decisionale, hanno partecipato a lotti diversi e, quindi, a gare diverse.

Il carattere non unitario della gara ripartita in più lotti comporta, secondo la richiamata giurisprudenza, che il bando di gara si configura quale "atto ad oggetto plurimo", nel senso che contiene le disposizioni per lo svolgimento di tante gare contestuali quanti sono i lotti cui sono connessi i contratti da aggiudicare.

In conclusione, la giurisprudenza che si è formata sul punto tende ad affermare che il divieto per il singolo concorrente di partecipazione plurima deve essere riferito al singolo lotto e non può valere per l'intera procedura.

Tale conclusione, in ragione delle considerazioni esposte in ordine alla *ratio* del sistema degli appalti pubblici e, in particolare, alle esigenze che sottostanno alla previsione del c.d. vincolo di aggiudicazione, genera, a mio avviso, consistenti perplessità.

Non può essere posto in dubbio che il bando che contenga la suddivisione di un appalto in lotti costituisca un atto ad oggetto plurimo in quanto disciplina tante gare,

vale a dire tanti procedimenti ad evidenza pubblica quanti sono i lotti in cui è frazionato l'appalto, per cui, a fronte di un unico bando, si avranno tante aggiudicazioni, a conclusione di distinti procedimenti, e tanti contratti quanti sono i lotti in cui l'appalto è suddiviso.

Tuttavia, occorre distinguere tra il procedimento di scelta del contraente, in cui si individua l'aggiudicatario della gara, ed il più ampio procedimento di affidamento dell'appalto, che inizia con la determina a contrarre e si conclude con la stipulazione del contratto o dei contratti, in caso di suddivisione in lotti, di appalto (cfr. sul tema TAR Lazio, II, 3 novembre 2015, n. 12400).

In particolare, il procedimento di scelta del contraente può essere rappresentato come un segmento all'interno del procedimento di affidamento, costituendo un cerchio concentrico di dimensioni inferiori a quest'ultimo, che lo contiene ma non si esaurisce in esso.

Insomma, nel caso in cui l'appalto sia suddiviso in lotti, debbono essere svolte più gare, ognuna autonoma dall'altra e con un proprio esito, ma la procedura di affidamento dell'appalto resta unica.

In proposito, l'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016, nell'indicare al primo comma che le stazioni appaltanti "suddividono gli appalti in lotti", lascia chiaramente intendere che l'appalto resta unico mentre sono plurimi i contraenti da scegliere cui aggiudicare i singoli lotti, e l'art. 80, comma 5, lett. m), del nuovo codice fa riferimento all'operatore economico che si trovi in una situazione di controllo rispetto ad altro partecipante "alla medesima procedura di affidamento".

Il dato letterale già di per sé rende problematica l'interpretazione finora seguita, ma ciò che maggiormente interessa mettere in rilievo è il dato sistematico.

La giurisprudenza finora formatasi sul punto, come rilevato, ha escluso l'applicabilità della norma al caso di specie in quanto la partecipazione a lotti distinti non costituisce di per sé sola un'ipotesi restrittiva della concorrenza, né incide sulla possibilità degli operatori economici di partecipare a tutti i lotti, né, infine, pregiudica la possibilità di alcun concorrente di ottenere l'aggiudicazione.

Eppure, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha ritenuto accertato, alla luce degli acquisiti elementi di prova 'esogeni' ed 'endogeni', in occasione di una gara d'appalto indetta dalla CONSIP che talune imprese avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 TFUE, consistente in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti da aggiudicarsi nel limite massimo (nel caso di specie, di tre lotti) fissato

dalla *lex specialis*; il relativo gravame giurisdizionale è stato respinto (cfr. Cons Stato. VI, 28 febbraio 2017, n. 928).

Tale fattispecie è indicativa del fatto che anche nelle gare con vincolo di aggiudicazione è ipotizzabile l'esistenza di accordi anticoncorrenziali volti alla spartizione dei lotti e che, di conseguenza, non è possibile escludere a priori che in una gara con vincoli sia di partecipazione che di aggiudicazione la scelta di partecipare ad un lotto anziché ad un altro possa rientrare, sussistendone i presupposti, nel perimetro di un'intesa violativa della libertà di concorrenza tra Società partecipanti ad una gara per l'affidamento di un appalto suddiviso in lotti.

D'altra parte, la stessa Consip (nel richiamato quaderno n. 2 del 2016, par. 6) ha posto in rilievo come anche la suddivisione in lotti può favorire la permanenza attiva di un cartello sul mercato.

Dal percorso argomentativo svolto dalla richiamata giurisprudenza, in ogni caso, sembra rimanere completamente fuori la vera *ratio* del vincolo di aggiudicazione, che, come in precedenza chiarito, non è costituita dal favorire la partecipazione alla gara delle PMI (finalità alla quale è preordinata la suddivisione in lotti), ma dall'accrescere la possibilità per l'impresa medio o piccola di aggiudicarsi la gara a cui partecipa.

Viceversa, risulta evidente che la partecipazione delle singole imprese di un unico grande gruppo ai distinti lotti in cui si articola l'appalto può vanificare la *ratio legis*, al punto da poter ipotizzare che una *holding* possa costituire società satelliti proprio al fine di eludere la norma e riservarsi la possibilità, pur in presenza del vincolo, di aggiudicarsi più lotti con inevitabile *vulnus* per la *ratio* del sistema.

In altre parole - ove si acceda alla tesi che la riconduzione ad un unico centro decisionale di una pluralità di offerte significa nella sostanza che, nonostante provengono da soggetti giuridici differenti, le offerte sono imputabili ad uno stesso soggetto economico, il che appare senz'altro ipotizzabile in ipotesi di gruppo con una holding che controlla al 100% le società satelliti - occorre ritenere che la partecipazione delle varie società a lotti distinti non scongiura affatto il rischio che sia frustrata la ragione, aumentare le probabilità di successo delle PMI, a base delle disposizioni normative europee e nazionali che facoltizzano le stazioni appaltanti a prevedere nella *lex specialis* di gara il c.d. vincolo di aggiudicazione.

La partecipazione di ciascuna delle società collegate a distinti lotti, in sostanza, non riduce il rischio che la procedura di affidamento sia monopolizzata da imprese di grandi dimensioni, il che è proprio il risultato che la normativa sul c.d. vincolo di aggiudicazione e l'intera normativa sulla tutela delle piccole e medie imprese mirano ad evitare.

A ciò si aggiunga una ulteriore riflessione.

Se, a seguito dell'annullamento giurisdizionale della propria esclusione dalla gara, l'impresa collegata o controllata dovesse aggiudicarsi il lotto al quale ha partecipato, nessuna tutela sul punto residuerebbe all'eventuale seconda classificata, la quale, non essendo stata evocata nel giudizio proposto per l'annullamento dell'esclusione, non ha avuto la possibilità di far valere le proprie ragioni in tale giudizio, in cui, secondo un orientamento consolidato ma ormai da porre in discussione, non assume la qualità di parte necessaria non essendo controinteressata in senso tecnico.

Di talché, percorrendo l'opzione esegetica finora seguita, nessuna possibilità sarebbe data alle piccole e medie imprese di far valere in giudizio la propria posizione sostanziale, pur in presenza di una possibile lesione alla *ratio* della normativa sul vincolo di aggiudicazione che, proprio per accrescere le loro probabilità di risultare affidatarie del singolo lotto, è stata introdotta a livello europeo e nazionale.

Di qui, ad avviso di chi scrive, l'esistenza di un ulteriore profilo di perplessità nella sentenza che abbia deciso il caso controverso in assenza del soggetto la cui posizione giuridica è in antitesi con quella della parte ricorrente il cui ricorso avverso l'esclusione dalla gara sia stato accolto e la conseguente esigenza di individuare i relativi rimedi, non potendo tollerare il sistema che la sfera giuridica di un soggetto rimanga incisa dall'attività amministrativa posta in essere in esecuzione di un provvedimento giurisdizionale senza che il soggetto leso abbia avuto la possibilità di partecipare al giudizio al cui esito è stata pronunciata la sentenza di accoglimento o di far valere in altro modo le proprie ragioni.

Inoltre, nel rapporto processuale che si instaura in caso di impugnazione di un atto di esclusione, ove si ritiene siano parti necessarie solo il ricorrente e la stazione appaltante, sarebbe ben possibile che, una volta annullata l'esclusione per effetto dell'accoglimento del ricorso proposto in primo grado, la stazione appaltante non abbia un rilevante interesse a proporre appello.

Tuttavia, come in precedenza sottolineato, un concorrente legittimato ad impugnare l'ammissione di altro concorrente è evidentemente considerato titolare di una posizione di interesse legittimo oppositivo, e non di mero fatto, all'altrui partecipazione, sicché, nell'opposta ipotesi di impugnazione giurisdizionale dell'esclusione da parte di altra impresa, in quanto titolare di una posizione differenziata e qualificata, la stessa posizione che lo avrebbe legittimato all'impugnazione dell'altrui ammissione, dovrebbe essere considerato parte necessaria del processo.

In altri termini, a legislazione vigente ed a prescindere dagli evidenziati dubbi di compatibilità comunitaria e costituzionale dell'art. 120 del codice del processo amministrativo come novellato dall'art. 204 del codice degli appalti pubblici, la legittimazione ad agire in giudizio avverso l'ammissione di altre imprese postula che il partecipante alla gara sia titolare non solo di un interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma anche di un interesse legittimo oppositivo a non consentire la partecipazione di imprese che si ritengano sprovviste dei requisiti di partecipazione e ciò al fine di ridurre il numero dei competitori, per cui il concorrente non solo aspira all'aggiudicazione, ma può opporsi all'altrui ammissione alla gara.

Tale posizione di interesse legittimo – che si distingue dalla tradizionale posizione di interesse legittimo all'aggiudicazione della gara per il diverso “bene della vita” perseguito - una volta scolpita dal legislatore attraverso la previsione di una legittimazione *ex lege* all'impugnazione dell'altrui ammissione, sembra imporre, come evidenziato nel par. 3 del presente studio, di ritenere i concorrenti ammessi controinteressati in senso tecnico laddove un'impresa impugni in sede giurisdizionale la propria esclusione.

Di qui, l'onere per l'impresa che impugni la propria esclusione di notificare il ricorso, oltre che alla stazione appaltante, agli altri candidati ammessi a partecipare alla gara.

La piccola e media impresa, quindi, dovrebbe essere considerata controinteressata in senso tecnico e, in quanto tale, parte necessaria, nel processo originato dal ricorso proposto avverso la propria esclusione dalla Società controllata o collegata ad altra Società partecipante ad altro lotto del medesimo appalto.

In ragione di tale sviluppo argomentativo, nell'ipotesi in cui il giudizio si sia svolto in assenza delle altre imprese concorrenti, la sentenza di accoglimento, oltre alle valutazioni di merito precedentemente svolte sul *vulnus* alla *ratio* del vincolo di aggiudicazione, genera già sotto tale profilo perplessità per essere stata emessa in carenza di contraddittorio ed il rimedio avverso la stessa potrebbe essere individuato nell'opposizione di terzo proponibile dalla parte necessaria pretermessa ai sensi dell'art. 108 c.p.a., secondo cui un terzo può fare opposizione contro una sentenza del tribunale amministrativo regionale o del Consiglio di Stato pronunciata tra altri soggetti, ancorché passata in giudicato, quando pregiudica i suoi diritti o interessi legittimi.

In ogni caso, sia se dovesse essere dichiarata *in parte qua* l'illegittimità costituzionale o dovesse essere sancita, a seguito della avvenuta rimessione alla Corte di Giustizia, la incompatibilità comunitaria della norma introdotta dall'art. 204 del d.lgs. n. 50 del 2016, sia, a regime vigente, non potendosi ritenere preclusa tale strada, ai sensi dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. che inibisce la proposizione di vizi derivata solo per l'omessa impugnazione dell'ammissione, il concorrente leso

dall'altrui partecipazione, potrebbe fare valere le proprie ragioni in sede di impugnazione dell'aggiudicazione, ove questa sia intervenuta proprio in favore dell'operatore economico la cui esclusione sia stata annullata in sede giurisdizionale, atteso che la sentenza che ha annullato il provvedimento di esclusione, sebbene passata in giudicato, ai sensi dell'art. 2909 c.c., non è idonea a fare stato nei confronti di chi non è stato parte del processo in esito al quale è stata pronunciata.

6. Note conclusive

La circostanza che nelle gare d'appalto il "bene della vita" è una riscorsa scarsa e può essere attribuito ad uno ed uno solo dei concorrenti determina che il contenzioso tra chi aspira a mettere in discussione l'ammissione alla gara o l'aggiudicazione a favore di altra impresa e chi aspira a conservare la posizione di vantaggio attribuita dalla stazione appaltante ha specifiche peculiarità e costituisce il terreno prediletto per esplorare le dinamiche dell'effettività della tutela di tutte le posizioni contrapposte presenti nel giudizio.

La normativa sostanziale sull'evidenza pubblica ha tradizionalmente avuto due anime, atteso che alla c.d. concezione contabilistica che sottende l'esigenza dell'individuazione del giusto contraente, vale a dire del contraente che offra il migliore rapporto tra la qualità delle prestazioni ed il prezzo, garantendo il buon uso del denaro pubblico, si è aggiunta, sotto la spinta pressante del diritto sovranazionale, l'esigenza di tutela della libertà di concorrenza nel mercato europeo.

La "doppia anima", quindi, è costituita dall'individuazione del miglior contraente possibile per l'amministrazione e dalla funzione proconcorrenziale esercitata dagli appalti pubblici e l'esegesi corretta delle norme richiede che sia costantemente ricercata una sintesi equilibrata tra queste due esigenze imperative e parimenti essenziali.

Il principio del *favor participationis* è funzionale al perseguimento di entrambe le finalità e l'evoluzione del sistema, nella possibile contrapposizione tra tale principio e l'altro essenziale principio della *par condicio*, è nel senso di consentire la partecipazione a tutte le imprese che, a prescindere da carenze solo formali e non lesive di interessi pubblici, sono in possesso dei requisiti richiesti per concorrere all'affidamento dell'appalto.

Il nuovo codice degli appalti pubblici impone agli offerenti di impugnare nel termine perentorio di trenta giorni gli atti di ammissione alla gara di altri candidati impedendo che eventuali vizi di ammissione possano essere fatti valere in via derivata nell'impugnazione dell'aggiudicazione o, in via incidentale, dal controinteressato aggiudicatario.

L'esigenza sottesa a tale novella attesta la presenza di una terza dimensione della normativa sull'evidenza pubblica, costituita dall'esigenza di tempestività, volta a garantire la sollecita prestazione delle opere e dei servizi nonché la certezza delle posizioni giuridiche acquisite dagli operatori, attraverso la rapida acquisizione del crisma della definitività alle procedure di affidamento.

La prospettiva "tridimensionale" dell'evidenza pubblica pone nuovi e consistenti problemi nel rapporto tra il perseguimento degli obiettivi di libertà della concorrenza ed individuazione del miglior contraente e la realizzazione dell'obiettivo di garantire la sollecita definizione dei rapporti e la rapida realizzazione delle prestazioni a favore della stazione appaltante.

La novella introdotta dal d.lgs. n. 50 del 2016, in particolare, potrebbe essere violativa degli artt. 24, 103 e 113 Cost. in quanto pone un onere di impugnazione quando la lesione al "bene" non si è ancora effettivamente prodotta ed esclude che i vizi possono essere fatti valere a tutela della posizione di interesse legittimo nel frattempo venuta in essere, sicché non appare idonea a consentire la piena tutela delle posizioni giuridiche soggettive consacrata come valore fondante nel vigente ordinamento costituzionale.

La previsione in discorso, inoltre, sembra più organica ad una visione oggettiva anziché soggettiva della giurisdizione amministrativa e, nell'evitare che i vizi relativi alla fase di ammissione possano essere contestati e fatti valere nel giudizio di impugnazione dell'aggiudicazione, contrasta con la *ratio* sostanziale della disciplina sulla scelta del contraente.

Il TAR Piemonte, recentemente, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della compatibilità della norma con la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela.

Alla base di tale prescrizione, come detto, sussiste l'esigenza che l'assetto del rapporto amministrativo in tema di affidamento di appalti pubblici sia rapidamente definito e tale ragione è alla base dell'intera normativa processuale in materia, solo che si pensi alla tempistica iperaccelerata di definizione dei giudizi ed alla dimidiazione del termine per la loro proposizione.

Tale tridimensionalità, però, non è sempre sostenibile e, nel rapporto tra le sue varie componenti, qualcuna è destinata a recedere.

La funzione proconcorrenziale dell'evidenza pubblica e l'esigenza di individuare il miglior contraente dell'amministrazione per garantire il miglior utilizzo del denaro della collettività rappresentano valori primari che a volte sono difficilmente conciliabili con il terzo valore, anch'esso primario e fortemente sentito

dalla realtà imprenditoriale, di dare con la massima sollecitudine una risposta giurisdizionale per conformare in modo definitivo ed imm modificabile i rapporti in materia di appalti pubblici.

Alla normativa sostanziale, che vive a due dimensioni, la normativa processuale ha quindi aggiunto una terza dimensione e l'anima tridimensionale dell'evidenza pubblica dà luogo ad un equilibrio instabile.

Nello scenario delineato dalla normativa europea e nazionale in materia di tutela della libertà di concorrenza, si è aggiunto un ulteriore ed autonomo obiettivo di politica economica e sociale e cioè la tutela delle piccole e medie imprese.

Lo strumento individuato dal legislatore del 2016 per realizzare l'obiettivo di facilitare la partecipazione agli appalti pubblici delle piccole e medie imprese, in coerenza con quanto previsto dall'ordinamento sovranazionale, è la suddivisione degli appalti in lotti.

Tale suddivisione e, a maggior ragione, la previsione nella *lex specialis* di gara di un vincolo di partecipazione o di un vincolo di aggiudicazione, finalizzati ad aumentare le possibilità di aggiudicazione per le PMI, previsti dall'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016, pongono dei problemi di compatibilità, in relazione alla singola gara, nel contestuale perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico che il sistema mira a perseguire.

Tuttavia, in un'ottica temporale più ampia, occorre rilevare che solo dalla possibilità che le gare siano aggiudicate ad imprese diverse dai *players* di mercato può conseguire un ulteriore impulso all'apertura dei mercati atteso che solo in tal modo diviene possibile per le imprese di non grandi dimensioni acquisire le qualificazioni ed i requisiti necessari alla partecipazione ad un numero sempre più ampio di competizioni.

Una maggiore partecipazione delle PMI alle gare ed una maggiore possibilità di successo per le stesse, infatti, consentirebbe nel tempo alle amministrazioni aggiudicatrici di allargare il numero dei potenziali contraenti e di ridurre l'incidenza degli operatori maggiori, con conseguenze vantaggiose in tema di confronto competitivo.

La tutela delle piccole e medie imprese e, in particolare, la finalità cui è preordinato il vincolo di aggiudicazione, vale a dire accrescere le loro possibilità di successo della gara, dovrebbe indurre a riflettere sulla applicabilità del divieto di partecipazione ad imprese collegate o controllate a diversi lotti di un appalto con vincolo di aggiudicazione di un solo lotto anche quando le offerte imputabili ad un unico centro decisionale non riguardano la stessa gara, ma i diversi ed autonomi lotti della procedura di affidamento.

La partecipazione delle singole imprese di un unico grande gruppo ai distinti lotti in cui si articola l'appalto, infatti, potrebbe vanificare la *ratio legis*, al punto da poter ipotizzare che una *holding* possa costituire società satelliti proprio al fine di eludere la norma e riservarsi la possibilità, pur in presenza del vincolo, di aggiudicarsi più lotti con inevitabile *vulnus* per la *ratio* del sistema.

La partecipazione di ciascuna delle società collegate a distinti lotti, in sostanza, non riduce il rischio che la procedura di affidamento sia monopolizzata da imprese di grandi dimensioni, il che è proprio il risultato che la normativa sul c.d. vincolo di aggiudicazione e l'intera normativa sulla tutela delle piccole e medie imprese mirano ad evitare.

oooooo

Su tali complesse e delicate tematiche sarebbe auspicabile un intervento legislativo tale da delineare con maggiore consapevolezza ed organicità i rapporti tra le plurime esigenze sottostanti la contrattualistica pubblica.

La sfida che attende oggi noi operatori del diritto è ardua, ma affascinante, ed è volta ad un'esegesi delle norme e ad una loro applicazione che sia in grado di comporre in modo costituzionalmente compatibile ed ugualmente soddisfacente tutte le istanze - le quali convivono tra loro in un equilibrio instabile - che l'interesse generale e, quindi, la società civile, nazionale ed europea, ha sinora individuato in questo fondamentale settore.

L'analisi delle questioni controverse dovrebbe essere condotta cercando di penetrare la genesi degli istituti, la loro essenza profonda e le loro interrelazioni e cercando di comprendere l'insieme degli effetti che le pronunce giurisdizionali possono produrre e cioè i loro impatti sistemici.

Ritengo, in definitiva, che sia essenziale concentrare l'attenzione, in coerenza con l'evoluzione del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto, sulla macroeconomia del sistema e non solo sulla microeconomia dei singoli ed isolati provvedimenti.

Roberto Caponigro

Consigliere di Stato

Pubblicato il 17 aprile 2018