

Consiglio di stato, sez. III, n. 05534/2018: suddivisione in lotti e partecipazione delle PMI e microimprese

Il legislatore comunitario, al fine di evitare l'elusione delle soglie che si è occupato di determinare, ha imposto il divieto di suddivisione artificiosa delle prestazioni contrattuali. Ha consentito, tuttavia la suddivisione delle prestazioni in lotti con i valori degli stessi che, cumulandosi, raggiungano gli importi indicati dalle soglie. In questo modo, infatti, l'ordinamento comunitario intende ampliare la platea dei concorrenti alla procedura di affidamento consentendo la partecipazione delle imprese piccole e medie oltre che delle microimprese.

La direttiva 2014/24, che ha riformato la normazione in tema di procedure ad evidenza pubblica, dispone espressamente che "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 25/06/2008, dal titolo Codice Europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici, che fornisce orientamenti sul modo in cui dette amministrazioni possono applicare la normativa sugli appalti pubblici in modo tale da agevolare la partecipazione delle PMI; a tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti"¹. Anche la legge delega italiana che si è occupata di recepire il dettato normativo comunitario ha introdotto tra i principi regolanti la materia dei contratti pubblici l'esigenza di garantire la suddivisione in lotti nel rispetto della normativa europea, oltre che per un "miglioramento delle condizioni di accesso al mercato (...) per i piccoli e medi operatori economici, per i giovani

professionisti, per le micro, piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione, anche attraverso il divieto di aggregazione artificiosa degli appalti e l'obbligo di motivazione della mancata suddivisione in lotti, prevedendo in particolare che la dimensione degli appalti ed il conseguente valore delle gare e dei lotti in cui queste risultino eventualmente suddivise siano adeguati al fine di garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro, piccole e medie imprese nonché introducendo misure premiali per gli appaltatori e i concessionari che coinvolgono i predetti soggetti nelle procedure di gara e nell'esecuzione dei contratti"². Anche nel codice degli appalti, che della legge delega citata rappresenta la conversione, impone che "i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese"³; e che "nel rispetto della normativa comunitaria (...) sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali (...) ovvero in lotti prestazionali (...) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione degli appalti in lotti nel bando di gara o nella lettera d'invito e nella relazione unica (...). 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"⁴. Nonostante la chiarezza delle norme esposte, il contenzioso generato dall'interpretazione delle stesse è sempre crescente. Nel caso di specie, nell'ambito di una procedura bandita dalla Società Regionale per la Sanità della

1 Considerando n. 78, direttiva 2014/24/UE.

2 Art. 1, lett. ccc, l. 28 gennaio 2016, n. 11.

3 Art. 30, c.7, d. lgs. n. 50/2016.

4 Art. 51. c. 1, d. lgs. n. 50/2016.

Regione Campania per l'affidamento dei servizi di reception e portierato per le sedi delle Aziende Sanitarie e Ospedaliere della Regione stessa, il Consiglio di Stato ha sanzionato la condotta della stazione appaltante che, nell'articolazione dei lotti non si è attenuta ai criteri per la definizione degli stessi, che sono normativi ed ulteriormente specificati dalla giurisprudenza, ed intesi a consentire la partecipazione delle piccole, medie e micro imprese. Nello specifico i giudici di Palazzo Spada hanno svolto un'indagine che accertasse, in primo luogo, che l'articolazione dei lotti prevista nella *lex specialis* fosse, effettivamente, impeditiva della partecipazione delle piccole, medie e micro imprese; e, solo successivamente, in caso di risposta positiva a tale quesito, che l'Amministrazione aggiudicatrice non potesse conciliare l'esigenza della più ampia partecipazione con i propri interessi. Quanto al primo aspetto occorre prendere in considerazione la definizione che il legislatore fornisce dei soggetti interessati al *favor participations de qua*, che offre un immediato riferimento per la verifica della congruità delle disposizioni del disciplinare di gara. Ebbene, partendo dalla categoria inferiore, quella delle microimprese, sono tali le imprese che "hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro"⁵; mentre per le "piccole" il fatturato deve essere compreso tra i 2 ed i 10 milioni di euro o un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni ed il personale inferiore alle 50 unità; infine, per le "medie" è necessario un fatturato compreso tra i 10 e i 50 milioni o un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro e un personale che non ecceda le 250 risorse. Non va trascurato, tuttavia, che, a norma di quanto stabilito dalla raccomandazione n. 2003/361/CE del 6 maggio 2003⁶, il mancato raggiungimento in una annualità del fatturato richiesto dalla norma non comporta la perdita della relativa qualifica essendo necessario che questo accada per due anni consecutivi. Come si nota, la classificazione dimensionale si fonda su due parametri distinti: quello del personale e quello del fatturato. Ne discende che i parametri di cui sopra seppur intesi in senso unitario, nel silenzio della legge di gara e in adesione al principio del *favor participations*, operano una spinta verso le cate-

Un'impresa pur in possesso del fatturato previsto per una classificazione superiore se possiede un organico di una categoria inferiore, verrà ricondotta nella disciplina di quest'ultima

gorie inferiori. Un'impresa, cioè, pur in possesso del fatturato previsto per una classificazione superiore, se possiede un organico di una categoria inferiore, verrà ricondotta nella disciplina di quest'ultima. Nel caso di specie, il fatturato minimo richiesto dal disciplinare per i vari lotti non è inferiore ai tre milioni di euro impedendo, di conseguenza la partecipazione delle microimprese. Il ragionamento non è particolarmente diverso neanche per la fascia dimensionale superiore, quella delle piccole imprese. Il disciplinare di gara, infatti, al punto 13.1 sancisce che in caso di partecipazione a più lotti il concorrente dovrà possedere il requisito del fatturato specifico con riferimento esclusivamente ai due lotti di maggior valore. I due lotti di maggior valore in

questo caso impongono il possesso di un fatturato minimo rispettivamente di 5.946.600,00 euro e 4.093.841,40 euro rendendo ben difficile la partecipazione di tutte quelle piccole imprese che si collocano nella parte bassa della fascia dimensionale. A parere dei giudici tali considerazioni consentono di fornire una risposta positiva al primo quesito che si erano posti in merito all'effettiva lesività della legge di gara rispetto alla partecipazione delle imprese appartenenti alle categorie citate e conducono ad affrontare anche il secondo aspetto della vicenda giuridica. La stazione appaltante, infatti, di fatto corrisponde i lotti, in alcuni casi, al

bisogno della singola ASL; in altri a quello di più ASL o AO rientranti nel territorio della medesima provincia; in un altro caso ancora, con il fabbisogno di tutte le ASL/AO della stessa Provincia e, infine, con quello di diverse ASL di Province diverse. Tale soluzione avrebbe dovuto essere accompagnata da una motivazione che ne spiegasse la logica funzionale. Tuttavia negli atti di gara non sono state indicate le ragioni di tale scelta né tantomeno risultano pregnanti quelle fornite innanzi al giudice di primo grado. Risulta, infatti, a parere del Consiglio di Stato, oltremodo generica la considerazione che la mancata suddivisione è volta "ad evitare disfunzioni organizzative conseguenti al frazionamento dell'appalto"⁷, anche perché non è stata dimostrata l'inesistenza di rimedi al riguardo. Secondo i giudici, infatti, "deve rilevarsi, in senso contrario, che una articolazione dei lotti maggiormente rispondente alle esigenze partecipative delle

⁵ Art. 3, lett. aa), d. lgs. n. 50/2016.

⁶ Art. 4, c. 2, racc. n. 2003/361/CE.

⁷ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 05504/2017.

PMI non comporta necessariamente il mancato soddisfacimento del fabbisogno complessivo delle Aziende Sanitarie, dovendo questo comunque costituire il riferimento per la determinazione dell'ammontare delle prestazioni da acquisire ed attenendo l'articolazione dei lotti esclusivamente alle modalità di soddisfacimento di quel fabbisogno⁸. D'altro canto non risulta idonea a giustificare la scelta operata dalla stazione appaltante neanche la considerazione relativa alla funzione aggregatrice che possiede quest'ultima perché, in ogni caso, deve comunque essere esercitata conciliandosi con le esigenze partecipative delle PMI e delle micro imprese come chiarisce anche il diritto comunitario: "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"⁹. A sostegno delle proprie convinzioni i giudici di Palazzo Spada hanno rappresentato come la giurisprudenza precedente, in maniera univoca, pur avendo ammesso il carattere discrezionale della scelta in merito alla suddivisione in lotti, in concreto ha sempre ritenuto che questo potere dovesse essere esercitato in maniera coerente con il complesso di interessi pubblici e privati coinvolti nel procedimento e "resta delimitato, oltre che dalle specifiche norme sopra ricordate del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza"¹⁰. Assodata, del resto, è anche la possibilità di intervenire giudizialmente per accertare la correttezza del frazionamento dell'appalto: "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"¹¹. Oltre alla giurisprudenza, per il Consiglio di Stato rileva, inoltre, anche la volontà del legislatore che, rispetto al passato, sul punto ha inteso attribuire al principio di *favor participations* delle PMI e microimprese, un valore più significativo. La previgente disposizione in materia¹² ne subordinava, infatti, l'assolvimento a condizioni di "possibilità" e "convenienza economica"¹³; a differenza del testo attuale che, perentoriamente, impone che "le sta-

zioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti (...) e motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera d'invito e nella relazione unica"¹⁴. A conclusione dell'argomentazione i giudici della Terza Sezione del Consiglio di Stato, per corroborare ulteriormente la propria decisione, hanno anche fornito i dati statistici della partecipazione e, in effetti, a seconda del lotto, hanno partecipato dal 5% all'8% dei 167 operatori di settore. Alla luce delle considerazioni svolte, pertanto, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello e ha annullato la procedura.



8 Cons. St., Sez. III, n. 05534/2017.

9 Considerando n. 59, direttiva 2014/24/UE.

10 Cons. St. Sez. III, n. 5224/2017; Cons., St. Sez. III, n. 1138/2018.

11 Cons. St. Sez. V, n. 1038/2017.

12 Art. 2, c. 1 bis, d. lgs. n. 163/2006.

13 Ibidem

14 Art. 51 d. lgs. n. 50/2016.