Aggregazione artificiosa vietata per evitare la concentrazione in un unico appalto

Maurizio Zoppolato

La tutela delle piccole e medie imprese è stata recentemente avvertita quale priorità a livello legislativo, anche in relazione ai contratti pubblici, rispetto ai quali in passato si privilegiavano, invece, diverse impostazioni nella convinzione, da un lato, che i contraenti di rilevanti dimensioni offrissero superiori garanzie di affidabilità nell'esecuzione e, dall'altro, che il fenomeno di concentrazione in atto a livello globale imponesse di adottare strategie favorevoli alla creazione o, comunque, al consolidamento di "campioni nazionali".

L'esperienza della situazione economica degli ultimi anni ha viceversa dimostrato che anche le imprese maggiori sono soggette a difficoltà e crisi, con conseguenze - nell'ambito della esecuzione dei contratti pubblici, ma non solo - anche più problematiche di quelle riguardanti le piccole e medie imprese, a partire dalla possibilità di reperire una impresa subentrante nell'esecuzione del contratto abbandonato.

D'altro canto, si è realizzato che il tessuto produttivo nazionale, proprio perchè articolato in numerose realtà di più piccole dimensioni, mostra grande duttilità e capacità di adeguamento, anche e soprattutto nei periodi di congiuntura sfavorevole, meritando attenzione e tutela legislativa.

Il risultato di questo mutamento di impostazione si è tradotto nelle misure normative introdotte con lo statuto delle imprese (legge 180/2011) e con il Dl 95/2012 (cosiddetto "spending review 2").

Le norme cardine

All'articolo 13 lo Statuto delle imprese ha imposto agli enti appaltanti una serie di obblighi volti a garantire e favorire l'accesso alle procedure di gara per le piccole e medie imprese quali la suddivisione degli appalti in lotti, con obbligo di specifica motivazione in caso di appalto non suddiviso; l'ammissione delle associazioni temporanee di imprese; la semplificazione degli adempimenti documentali; il divieto di chiedere requisiti sproporzionati rispetto al valore dei contratti in gara.

Il Dl 95/2012 è invece intervenuto sul Codice dei contratti pubblici, sancendo che i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese (nuovo articolo 2, comma 1-bis) e l'illegittimità dei criteri di ammissione che fissano limiti di partecipazione connessi al fatturato aziendale (nuovo articolo 41, comma 2).

La legge delega

La legge delega si inserisce pienamente nel solco già tracciato, attraverso due distinte prescrizioni: in primo luogo, in chiusura della lettera *r*), relativa ai requisiti di ammissione alle procedure di gara, si precisa che la definizione dei requisiti deve tener conto dell'interesse pubblico a favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese. Inoltre, con una disposizione più ampia, la lettera *ccc*) impone in via generale un miglioramento delle condizioni di accesso al mercato pubblico per le micro, piccole e medie imprese.

L'espressione appare ambigua posto che, come detto, una serie di misure di tutela sono già presenti nell'ordinamento: così, ove le nuove fossero sostanzialmente ripetitive, si potrebbe imputare al legislatore delegato di non aver rispettato il criterio impartito nella delega. In concreto, si impone poi il divieto di «aggregazione artificiosa» degli appalti, con una formula curiosamente speculare nella forma, ed opposta nel contenuto, rispetto al ben più risalente divieto di frazionamento artificioso degli appalti, ossia al tentativo di suddividere un appalto al fine di contenere il valore dei singoli spezzoni al di sotto delle soglie di applicazione della disciplina comunitaria.

Fermo restando gli obblighi procedurali connessi al valore complessivo dei contratti da affidare, il divieto di aggregazione artificiosa sembra indirizzato a precludere la concentrazione in un unico appalto di prestazioni totalmente diverse, senza che l'affidamento unitario possa rivestire una concreta utilità per la stazione appaltante. Tuttavia, la finalità della previsione potrebbe essere frustrata, ove la valutazione al riguardo fosse ricondotta in sede giurisdizionale alla insindacabile discrezionalità dell'amministrazione: consentendo così la riunione di un insieme eterogeneo di servizi, magari per generiche esigenze organizzative dell'ente, con un effetto elusivo dell'obbligo di facilitazione per le micro, piccole e medie imprese.

La delega prosegue poi esigendo una specifica motivazione a supporto della eventuale decisione di non ripartire l'appalto in più lotti; in questi termini, si tratta di una mera (parziale) ripetizione di quanto già previsto dall'articolo 13 dello Statuto delle imprese, destinato a restare in vigore anche dopo l'avvento del nuovo Codice.

Infine, la legge delega chiede che le dimensioni e conseguentemente il valore degli appalti e dei lotti siano adeguati, al fine di consentire la partecipazione di micro, piccole e medie imprese, prevedendo altresì l'introduzione di "misure premiali" per gli appaltatori o i concessionari che coinvolgano le imprese di minori dimensioni nelle procedure di gara, evidentemente in forma associata, ovvero nell'esecuzione dei contratti, in quest'ultimo caso mediante il ricorso al subappalto o (per le concessioni) all'appalto, o alla subconcessione.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Sotto la lente

01 | IL RESOCONTO FINANZIARIO
Un nuovo stile nell'esecuzione degli appalti emerge con la pubblicazione, sul sito Internet dell'ente, di un resoconto finanziario al termine dell'esecuzione del contratto. Saranno così verificabili i tempi e i flussi finanziari

02 | LA DIRETTIVA UE
In linea con quanto stabilito dalla direttiva Ue 24/2014: «I cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso, hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti ad un corretto svolgimento delle procedure di appalto». È consentito dunque segnalare eventuali violazioni all'autorità o alla struttura competente, cioè al soggetto revisore, interno o esterno