

Clausole di territorialità e promozione delle PMI nell'affidamento dei contratti pubblici. Considerazioni a margine della sentenza n. 98/2020 della Corte costituzionale

Leonardo Parona

Prendendo le mosse dalla sentenza n. 98/2020 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma regionale concernente l'affidamento di appalti di lavori di valore inferiore alla soglia comunitaria, il contributo si sofferma sul difficile contemperamento tra tutela della concorrenza e interessi ulteriori, quali in particolare la promozione dell'effettiva partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese e degli operatori economici locali. Attraverso un'analisi critica della giurisprudenza amministrativa e costituzionale il contributo mette in luce la tendenziale illegittimità delle clausole di territorialità, delle riserve di partecipazione e delle eterogenee misure ad esse equivalenti. Il contributo si sforza tuttavia di ricondurre a sintesi interessi fra loro solo apparentemente contrapposti, sottolineando la possibilità di introdurre misure promozionali senza violare la disciplina in materia di contratti pubblici e i principi di diritto interno e sovranazionale cui quest'ultima s'ispira.

1. Introduzione

In una recente sentenza¹ la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma regionale concernente l'affidamento di appalti di lavori di valore inferiore alla soglia comunitaria, la quale conferiva alle stazioni appaltanti la facoltà di riservare – parzialmente – ad imprese

¹ Corte cost., 5 maggio 2020, n. 98 (redattrice D. de Pretis), pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 3 giugno 2020.

(micro, piccole e medie, di seguito MPMI) aventi sede legale e operativa nel territorio regionale la partecipazione alle procedure negoziate².

Come puntualmente rilevato dalla Corte costituzionale, nonostante la norma potesse apparire volta a promuovere l'effettiva partecipazione delle MPMI alle procedure competitive – come sostenuto dalla difesa regionale – essa comportava in realtà, in virtù della riserva prevista dalla clausola di territorialità, una lesione dei principi di libera concorrenza e non discriminazione capace di alterare la *par condicio* fra gli operatori economici interessati all'affidamento della commessa pubblica. Per tali ragioni, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma impugnata in ragione del contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. e) Cost., che assegna la tutela della concorrenza alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Non è la prima volta che la Corte viene chiamata ad accertare la violazione di tale parametro costituzionale da parte di una norma regionale. Da oltre quindici anni, infatti, essa ha chiarito che la tutela della concorrenza costituisce una «materia funzione»³ a carattere trasversale capace di interferire con una pluralità di ambiti materiali rientranti – anche – fra quelli di competenza regionale. Giacché la disciplina delle procedure di selezione e dei criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici – anche di importo inferiore alla soglia comunitaria⁴ – attiene a tale materia⁵, le

² Art. 10, co. 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. Modifiche alla l.r. 38/2007»).

³ Corte cost. nn. 4 e 14/2004, in particolare v. quest'ultima, punto 4.1 in diritto, con commento di R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 4, 2004, p. 990 ss. Sul riparto di competenze legislative si vedano: G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, orig. in *Le Regioni*, 2001, ora in Id., *Scritti scelti*, Padova, Cedam, 2015, p. 413 ss.; G. COSMELLI, *Oltre i confini della "materia"*. *La potestà legislativa residuale delle Regioni tra poteri impliciti e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2015; S. CALZOLAIO, *Il cammino delle materie nello Stato regionale. La definizione delle competenze legislative nell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2012; F. BENELLI, *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁴ Corte cost. nn. 263/2016, 184/2011, 283/2009, 160/2009. È inoltre irrilevante, sotto questo punto di vista, il tipo di procedura di aggiudicazione prescelto, come chiarito da Corte cost. nn. 39/2020, 322/2008.

⁵ Corte cost. nn. 186/2010, 321/2008, 401/2007.

norme regionali difformi da essa, violando un parametro interposto, debbono essere dichiarate in contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. e) Cost.⁶. In sostanziale continuità rispetto a siffatto orientamento giurisprudenziale, la pronuncia in commento offre un chiarimento e una sintesi rispetto a diversi profili critici che, pur emergendo in relazione a specifici aspetti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, sollevano nondimeno questioni di più ampio respiro. Queste ultime, più precisamente, concernono, da un lato, il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni nella disciplina dei differenti aspetti che attengono alla materia dei contratti pubblici e, dall'altro, il possibile contrasto tra tali norme interne e i principi eurounitari, fra i quali *in primis* quelli di non discriminazione e parità di trattamento, e le libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi⁷.

Quanto ai profili di maggiore dettaglio – poc'anzi evocati – la pronuncia in questione offre spunti rilevanti sia in relazione al temperamento tra concorrenza e interessi ulteriori (quale, in particolare, la promozione dell'effettiva partecipazione alle gare da parte delle MPMI), sia in relazione alla tendenziale illegittimità delle norme di legge, e delle clausole della *lex specialis* di gara, volte a riservare la partecipazione ad operatori economici locali.

Benché tali questioni non siano inedite, esse presentano tuttora alcuni margini di incertezza interpretativa e applicativa, specialmente per quel che concerne i due profili da ultimo menzionati. È proprio su questi

⁶ Ciò vale anche per le Regioni a Statuto speciale e per le Province autonome di Trento e Bolzano. A tal proposito Corte cost. n. 263/2016 ha infatti ricordato che le autonomie speciali debbono rispettare – anche laddove gli Statuti attribuiscono loro la competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici – i limiti posti, oltre che dalla Costituzione e dalle leggi costituzionali dello Stato, dai principi generali dell'ordinamento, dagli obblighi internazionali e dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, tra le quali rientrano le disposizioni del Codice dei contratti pubblici (punto 3 in diritto). Il punto è consolidato in giurisprudenza; si vedano *ex multis*: Corte. cost. nn. 51 e 447/2006.

⁷ Come noto, infatti, le disposizioni dei Trattati che proteggono tali libertà costituiscono la base giuridica delle direttive che hanno armonizzato le discipline nazionali nella materia dei contratti pubblici. In argomento si vedano M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, p. 71 ss.; S. ARROWSMITH, *The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?*, in *Public Contract Law Journal*, 35, 2006, p. 337 ss.; B. DRIBBER, H. STERGIU, *Public Procurement Law and Internal Market Law*, in *Common Market Law Review*, 46, 2009, p. 805 ss.

ultimi, pertanto, che il presente commento intende soffermarsi⁸, non prima, tuttavia, di aver brevemente analizzato la pronuncia⁹.

2. La sentenza n. 98/2020

Oggetto d'impugnazione nel giudizio di legittimità costituzionale introdotto dal Governo è l'art. 10, co. 4 della legge della Regione Toscana 16 aprile 2019 n. 18¹⁰. La disposizione s'inserisce nel Capo II di detta legge, il quale disciplina, oltre alle modalità di svolgimento delle indagini di mercato, la costituzione e la gestione di elenchi di operatori economici da consultare nell'ambito delle procedure negoziate per l'affidamento di lavori di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria¹¹, che per questo tipo di contratti è pari a 5.350.000 euro.

Nella parte oggetto d'impugnazione la disposizione conferisce alle stazioni appaltanti che intendano procedere mediante procedura negoziata la facoltà 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», alla condizione che gli interventi in questione presentino un «interesse meramente locale». La presenza di suddette imprese fra gli operatori da consultare nell'ambito dell'indagine di mercato e da invitare al confronto competitivo sarebbe garantita da una procedura informatizzata gestita attraverso il sistema telematico di acquisti della Regione Toscana (START), di cui al comma 3 del medesimo art. 10. La disposizione non preclude di per sé – *in toto* – alle imprese non toscane di competere in vista dell'affidamento della commessa pubblica: la riserva che le stazioni appaltanti possono prevedere a favore delle imprese aventi sede legale e operativa sul territorio regionale¹², infatti,

⁸ Rispettivamente parr. 3 e 4.

⁹ Par. 2.

¹⁰ Recante 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; modifiche alla l.r. 38/2007.

¹¹ V. art. 8 l.r. Toscana n. 18/2019.

¹² Come osserva la Corte (punto 3 in diritto), la disposizione si riferisce in via cumulativa – e non alternativa – alla presenza della sede legale e di quella operativa nel territorio regionale, con la conseguente esclusione dalla riserva delle «micro, piccole e medie imprese che hanno solo una delle due sedi nel territorio regionale».

può raggiungere al massimo il cinquanta per cento degli operatori economici da invitare a presentare un'offerta economica nell'ambito del confronto competitivo.

In virtù di tale previsione, nondimeno, la norma consentirebbe alle stazioni appaltanti di invitare «imprese toscane che dovrebbero [invece] essere escluse a favore di imprese non toscane, in quanto – in ipotesi – maggiormente qualificate», svincolandosi, in tal modo, «dal rispetto dei criteri generali previsti per la selezione delle imprese da invitare» al confronto competitivo nell'ambito delle procedure negoziate¹³.

Dal momento che tali criteri generali costituiscono una componente centrale della disciplina dei contratti pubblici, la quale attiene alla materia della tutela della concorrenza, la loro determinazione compete in via esclusiva allo Stato¹⁴. Nell'esercizio di tale potestà legislativa quest'ultimo ha adottato, com'è noto, il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i., di seguito, per brevità, cod. contr. pubbl.), che all'art. 36 stabilisce i principi applicabili alle procedure di affidamento dei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria¹⁵.

¹³ Punto 3 in diritto.

¹⁴ Punto 4 in diritto, che richiama Corte cost. n. 28/2013. Il punto è stato ripetutamente chiarito dalla Corte, si vedano *ex multis* Corte cost. nn. 186/2010, 283/2009, 411/2008 e 401/2007.

¹⁵ Come ha da tempo chiarito la giurisprudenza comunitaria, anche in relazione ai contratti sotto soglia occorre rispettare alcune garanzie minime, *in primis*, in termini di pubblicità e parità di trattamento. Si vedano a tal proposito Corte di giustizia, 7 dicembre 2000, in causa C-324/98 *Teleaustria*, e in termini ancora più espliciti, Corte di giustizia, 3 dicembre 2001, in causa C-59/2000 *Bent Moustén Vestergaard*, ai sensi della quale «il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato che le procedure particolari e rigorose previste da tali direttive [il riferimento è alle direttive appalti] non sono adeguate allorché si tratta di appalti pubblici di scarso valore non significa che questi ultimi siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario». La tendenziale assenza di rilevanza per il corretto funzionamento del mercato interno potrebbe tutt'al più escludersi solamente in relazione ai contratti di valore contenuto (principalmente sotto i 40.000 euro, ossia i contratti definiti, «in economia», nella dizione ormai abbandonata dal cod. contr. pubbl.), come previsto da Corte di giustizia, 21 luglio 2005, in causa C-231/03 *Coname*. Tale esclusione, peraltro, non costituisce una presunzione assoluta, dovendo essere verificata alla luce delle particolari caratteristiche del settore (dimensioni e struttura del mercato, prassi commerciali), del luogo e delle modalità di esecuzione del contratto, come ha successivamente chiarito Corte di giustizia, 15 maggio 2008, cause riunite C-147 e 148/06 *Se-cap*. Per una più ampia discussione del tema, anche in chiave comparata, si veda D.C. DRAGOS, R. VORNICU, *Public Procurement below Thresholds in the European Union*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 10(3), 2015, p. 187 ss. Tali considerazioni giustificano, sul piano del diritto interno, la legittimità dell'intervento legislativo statale – seppure «per principi» – anche per gli appalti sotto soglia. Corte cost. n. 401/2007 ha infatti ricordato

Limitandoci ai profili posti all'attenzione della Corte, si ricordano da un lato i principi generali di cui all'art. 30, co. 1 cod. contr. pubbl.¹⁶, quali in particolare quelli di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, e, dall'altro, il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, espressamente previsto dall'art. 36, co. 1 cod. contr. pubbl. Com'è noto, inoltre, la disciplina delle procedure di affidamento dei contratti sotto soglia è completata dalle linee guida n. 4 dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), adottate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e successivamente aggiornate¹⁷.

La norma impugnata, attribuendo alle stazioni appaltanti la facoltà di prevedere – attraverso la riserva parziale di partecipazione – un trattamento di favore per le MPMI radicate nel territorio toscano, ostacola la libera concorrenza e altera la *par condicio* fra gli operatori economici interessati all'appalto, provocando una discriminazione nei confronti delle imprese sprovviste di tale radicamento territoriale. La disposizione, pertanto, si rivela in contrasto sia con l'art. 30, co. 1 cod. contr. pubbl., giacché viola i principi di libera concorrenza e non discriminazione, sia con l'art. 36, co. 2 cod. contr. pubbl., poiché introduce una possibile riserva di partecipazione non ammessa dal legislatore statale, né, a monte, da quello europeo.

La Corte, infine, ha riconosciuto come la norma regionale impugnata non sia diretta a promuovere l'effettiva partecipazione alle gare delle MPMI

come, «pur in presenza di un appalto sotto soglia, debbano essere comunque rispettati i principi fondamentali del Trattato idonei a consentire l'esercizio di un potere conforme, tra l'altro, ai canoni della parità di trattamento, della trasparenza e della pubblicità», circostanza in base alla quale «anche un appalto che si pone al di sotto della rilevanza comunitaria può giustificare un intervento unitario da parte del legislatore statale». Si veda in proposito M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2, 2008, p. 297 ss., che nel riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni spiega in questo modo il «protagonismo della legge statale in ordine al “nucleo essenziale” dei profili giuridici degli appalti pubblici». Per una trattazione organica della materia si veda infine F. CORTESE, *Diritto europolitano dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. I, *Fonti e principi. Ambito. Programmazione e Progettazione*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 99 ss.

¹⁶ Applicabile anche ai contratti sotto soglia in virtù del richiamo espresso disposto dall'art. 36, co. 1 cod. contr. pubbl.

¹⁷ Si vedano in particolare gli aggiornamenti disposti con le delibere n. 206 del 1° marzo 2018, e n. 636 del 10 luglio 2019. In argomento si veda A. MASSERA, *Le procedure sotto soglia*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2019, p. 719 ss.

tout court – come sostenuto dalla difesa regionale – quanto piuttosto a favorire indebitamente le «micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio regionale». La sentenza ha a tal proposito ricordato che, in termini più generali, siffatte norme regionali di «protezione delle imprese locali» risultano in contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. e) Cost. non soltanto nel settore degli appalti pubblici¹⁸, ma anche quando trovino applicazione in relazione al regime delle concessioni demaniali¹⁹ e a quello degli aiuti all'imprenditoria²⁰.

¹⁸ Si vedano Corte cost. n. 440/2006 e, ancora, n. 28/2013. In quest'ultimo caso una norma della Regione Campania in materia di lavori pubblici disponeva che, nel caso in cui un contratto fosse stato affidato seguendo il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e più imprese avessero ottenuto il medesimo punteggio, le imprese locali andassero preferite (punto 10 in diritto). Nel caso di specie si intendevano «locali» – ai sensi dell'art. 27, co. 1, lett. b), l.r. Campania n. 1/2012 – «le imprese che hanno la propria sede legale ed operativa sul territorio campano, ovvero che svolgono almeno la metà della propria attività in territorio campano ovvero che impiegano almeno la metà dei lavoratori cittadini residenti in Campania».

¹⁹ Si veda a questo proposito Corte cost. n. 221/2018 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di diverse disposizioni regionali concernenti la disciplina delle concessioni sui beni del demanio marittimo, in quanto complessivamente volte a conferire «un titolo preferenziale alle (esistenti) “imprese balneari liguri”, nelle future procedure di selezione dei concessionari del demanio marittimo per finalità turistico ricreative» (punto 1.5 in diritto). In tale occasione la Corte ha ricordato, in termini più generali, come i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento rappresentino un «limite insuperabile» per l'esercizio della potestà legislativa regionale (punto 4.1 in diritto, che richiama Corte cost. n. 109/2018).

²⁰ Si veda Corte cost. n. 83/2018 riguardante alcune norme della Regione Veneto che, in deroga alla disciplina statale, disponevano che non si sarebbe proceduto alla revoca e al recupero di aiuti in favore dell'imprenditoria femminile qualora fossero venuti meno i presupposti per la loro erogazione. In tale occasione la Corte (richiamando le precedenti Corte cost. nn. 291 e 100/2012) ha ricordato che la nozione di concorrenza riflette «quella operante in ambito europeo (...) anche quando essa abbia riguardo al mercato di ambito nazionale o locale» (punto 1.3 in diritto). La Corte ha inoltre precisato che, sebbene la tutela della concorrenza non escluda interventi di natura promozionale (come gli aiuti appunto), questi ultimi non possano introdurre disparità di trattamento su base territoriale, le quali si tradurrebbero inevitabilmente in «barriere di carattere protezionistico» (punto 2.2 in diritto). Per un'interpretazione differente si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2012, p. 723 ss., la quale ritiene che la nozione «interna» e quella europea di concorrenza non siano necessariamente convergenti. Preme tuttavia ribadire che la giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che la nozione «interna» di concorrenza rifletta quella «operante in ambito comunitario» (Corte cost. nn. 45 e 325/2010, 160 e 314/2009, 401 e 430/2007). Per un recente commento, nella prospettiva della disciplina *antitrust*, si veda F. DONATI, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea. Convergenze e divergenze tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza europea nell'attuazione della disciplina antitrust*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2020, p. 13 ss.

3. *Concorrenza e tutela di interessi ulteriori nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici. La promozione delle piccole e medie imprese*

La sentenza in commento ha dunque ribadito la centralità della tutela della concorrenza quale principio fondamentale della disciplina concernente l'affidamento dei contratti pubblici e, al tempo stesso, quale limite trasversale all'esercizio della potestà legislativa regionale. Da un paio di decenni a questa parte, nondimeno, l'ordinamento comunitario e quello nazionale hanno mostrato una crescente apertura al contemperamento tra la tutela della concorrenza ed alcuni interessi ulteriori. Questi ultimi possono essere ricondotti, in via di estrema sintesi, alla tutela dell'ambiente, all'esigenza di uno sviluppo economico responsabile e maggiormente inclusivo dal punto di vista sociale, e alla promozione delle micro, piccole e medie imprese.

Con particolare riferimento alla materia dei contratti pubblici tale tendenza, che trova riscontri anche al di là dei confini europei²¹, è divenuta ancor più evidente con l'approvazione e il recepimento delle direttive del 2014 nn. 23, 24 e 25²², traducendosi in puntuali norme di diritto positivo²³. Quest'impostazione è cristallizzata dal già citato art. 30 cod. contr. pubbl., il quale stabilisce al primo comma che «il principio di economicità può essere subordinato (...) a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello

²¹ Per un'analisi di tale profilo si veda S. MORETTINI, *Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law*, in E. CHITI, B.G. MATTARELLA (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Berlino, Springer, 2011, p. 187 ss.

²² Si veda in argomento L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015, p. 291 ss.

²³ Sul tema si vedano: R. CARANTA, *The Changes to the Public Contract Directives and The Story They Tell about How EU Law Works*, in *Common Market Law Review*, 52, 2015, p. 391 ss.; R. CARANTA, M. TRYBUS (eds.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Copenhagen, Djøf Publishing, 2010; F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2015, p. 1529 ss.; G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2012, p. 819 ss.; F. GAVERINI, *Attività contrattuale della P.A. e protezione dell'ambiente: gli appalti verdi*, in *Riv. giur. edilizia*, 5-6, 2009, p. 153 ss.; S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico»²⁴, aggiungendo al comma settimo che «i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese»²⁵. Fra quelle appena menzionate, è indubbiamente l'esigenza che l'affidamento dei contratti pubblici sia maggiormente rispondente ad istanze di solidarietà sociale ad aver trovato più ampio riscontro nel diritto positivo²⁶. Ciò è testimoniato dall'introduzione di istituti *ad hoc*, quali le clausole sociali²⁷, dalla previsione della possibilità di riservare a determinati operatori economici la partecipazione alle procedure competitive²⁸, e,

²⁴ La norma precisa tuttavia che la tutela di tali interessi ha luogo attraverso la predisposizione di appositi criteri nei bandi di gara «nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice».

²⁵ Come s'illustrerà *infra*, la formulazione apparentemente chiara della disposizione in commento si scontra non di rado con questioni applicative di non agevole risoluzione, nell'affrontare le quali pare opportuno ricordare che «la concorrenza, lungi dall'essere un principio guida dell'attività delle stazioni appaltanti, non è altro che la ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio» i quali ultimi possono interagire con altri principi ed interessi meritevoli di tutela, come osserva M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, cit., p. 82. In senso conforme si veda anche F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, p. 15 ss.

²⁶ Oltre agli istituti previsti dal Codice dei contratti pubblici (su cui si veda *infra*), una pluralità di strumenti ulteriori sono funzionali al soddisfacimento di tali interessi. Si tratta, in particolare, degli strumenti negoziali ispirati ad una logica collaborativa previsti dal Codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117). Questi ultimi, come recentemente riconosciuto dalla Corte costituzionale (26 giugno 2020, n. 131), caratterizzandosi per una natura e un ambito di applicazione distinti dall'appalto pubblico, possono costituire, a determinate condizioni, uno strumento alternativo a quest'ultimo. Sul tema si rimanda a S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità di nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, ove si vedano, in particolare, i contributi di S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore*, p. 89 ss. e L. PARONA, *La gestione dei servizi sociali tramite accreditamento: modelli, potenzialità e criticità alla luce del quadro normativo statale e regionale*, p. 59 ss. In termini più generali sul tema si vedano G. DELLA CANANEA, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 381 ss. e F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019.

²⁷ Considerando n. 99 e art. 70 direttiva 2014/24/UE, e art. 3, co. 1, lett. qq) cod. contr. pubbl. Il riferimento corre principalmente alle clausole sociali di equo trattamento, di riassorbimento (art. 50 cod. contr. pubbl.), e d'inserimento sociale di lavoratori appartenenti a categorie svantaggiate (desumibili dall'art. 100 cod. contr. pubbl.). La disciplina di tali istituti è completata dalla delibera ANAC n. 114 del 13 febbraio 2019, recante le linee guida n. 13. In argomento si veda A. AVINO MURGIA, *La clausola sociale dopo le linee guida Anac n. 13*, in *Urb. App.*, 3, 2019, p. 308 ss.

²⁸ Considerando n. 36 e art. 20 direttiva 2014/24/UE, art. 24 direttiva 2014/23/UE, e art. 112 cod. contr. pubbl., che consentono la possibilità di riservare a particolari la partecipazione alle

infine, dall'istituzione di regimi speciali per le procedure di affidamento relative a particolari servizi²⁹.

Diversamente, tanto il legislatore nazionale, quanto quello europeo, si sono dimostrati più cauti in relazione alla promozione delle micro, piccole e medie imprese³⁰ – profilo che maggiormente interessa nella prospettiva del presente contributo. La posizione di queste ultime ha gradualmente acquisito rilevanza nel dibattito interno e sovranazionale grazie ad alcune raccomandazioni e comunicazioni pubblicate dalla Commissione europea a partire dai primi anni 2000³¹. È solo con la direttiva 2014/24/UE, tuttavia, che l'esigenza di facilitarne la partecipazione ha trovato riconoscimento, in termini generali, tra le finalità cui s'ispira nel complesso la disciplina dei contratti pubblici³².

procedure di affidamento ad operatori economici e cooperative sociali (e loro consorzi) il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate.

²⁹ Art. 77 direttiva 2014/24/UE, e art. 143 cod. contr. pubbl., che prevedono la possibilità di istituire riserve di partecipazione in relazione ai servizi sanitari, sociali e culturali. In argomento si veda A. MAGLIARI, *L'affidamento di servizi sociali di interesse generale attraverso contratto d'appalto*, in S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore. Confini e potenzialità di nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, cit., p. 19 ss.

³⁰ L'art. 3, co. 1, lett. aa) cod. contr. pubbl. rinvia, per la nozione di «microimprese, piccole e medie imprese», alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione europea del 6 maggio 2003, ai sensi della quale sono «medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono microimprese 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».

³¹ Oltre alla già citata raccomandazione 2003/361/CE, relativa alla definizione di microimprese, piccole e medie imprese (MPMI), il riferimento corre al Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle MPMI agli appalti pubblici (SEC(2008) 2193), e allo *Small Business Act* per l'Europa (COM(2008) 394), entrambi pubblicati dalla Commissione europea il 25 giugno 2008. Lo *Small Business Act*, in particolare, valorizzando il ruolo delle MPMI quale fattore di crescita e sviluppo per l'Unione, formula dieci principi volti a orientare le politiche di sostegno a tali imprese. L'Italia ha dato attuazione a tale comunicazione con la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 4 maggio 2010. La Commissione ha successivamente pubblicato la relazione *Ridurre al minimo indispensabile gli oneri normativi che gravano sulle PMI – adeguare la normativa dell'UE alle esigenze delle microimprese* (COM(2011) 0803), e ha anticipato l'approvazione delle direttive del 2014 con la comunicazione *Legiferare con intelligenza – rispondere alle esigenze delle piccole e medie imprese* (COM(2013) 0122) del 7 marzo 2013.

³² Si vedano in particolare i considerando nn. 2, 78 e 124 della direttiva 2014/24/UE. La precedente direttiva 2004/18/CE si limitava a prevedere, al considerando n. 32, che «per favori-

A tal proposito il Codice dei contratti pubblici non si è limitato ad includere tale finalità tra i principi comuni che disciplinano l'aggiudicazione dei contratti – tanto sopra soglia³³, quanto, a maggior ragione, sotto soglia³⁴ – ma ha introdotto una pluralità di norme direttamente e indirettamente funzionali al perseguimento della stessa.

Tra le misure volte a tradurre in termini operativi l'obiettivo di facilitare l'accesso delle MPMI agli affidamenti pubblici si annovera, innanzitutto, il *favor* per la suddivisione in lotti funzionali³⁵ o prestazionali³⁶ dell'oggetto dell'appalto e della relativa procedura³⁷. La proporzionale riduzione dell'entità della prestazione dedotta in contratto, infatti, contribuisce ad accrescere le possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese sia in ragione dalla natura meno stringente dei requisiti tecnico-

re l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, è necessario prevedere disposizioni in materia di subappalto.

³³ Come ricordato *supra*, l'art. 30, co. 7 cod. contr. pubbl. prevede che in relazione all'affidamento di contratti di importo superiore alla soglia comunitaria «i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese».

³⁴ Ai sensi dell'art. 36, co. 1 cod. contr. pubbl. l'affidamento e l'esecuzione degli appalti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria deve «assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione» delle MPMI.

³⁵ Ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. qq) cod. contr. pubbl. s'intende lotto funzionale lo specifico oggetto di un appalto «da aggiudicare 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».

³⁶ Ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. ggggg) cod. contr. pubbl. s'intende lotto prestazionale lo specifico oggetto di un 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».

³⁷ Ai sensi dell'art. 51, co. 1 cod. contr. pubbl., infatti, la suddivisione in lotti (funzionali o prestazionali) diviene regola generale, e la determinazione del valore degli stessi è espressamente volta a favorire l'accesso delle MPMI alle procedure competitive. Tale finalità è rafforzata, ai sensi del medesimo comma, dall'obbligo di motivare espressamente la mancata suddivisione in lotti e dal divieto di aggregare artificiosamente gli stessi. In relazione a quest'ultimo profilo si veda Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038, che chiarisce come un'errata determinazione delle dimensioni dei lotti e dei requisiti di fatturato richiesti possano contrastare con le esigenze di massima concorrenzialità e di apertura alla partecipazione delle MPMI. In senso conforme anche TAR Toscana, sez. III, 12 dicembre 2016, n. 1755. In argomento si veda A. CAVINA, D. GALLI, *Suddivisione in lotti e tutela della concorrenza* (nota a Cons. Stato sez. V, 26 giugno 2017, n. 3110), in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2018, p. 359 ss. Preme ricordare, per completezza, che la disciplina previgente si limitava a prevedere il ricorso alla suddivisione in lotti solo «ove possibile ed economicamente conveniente» (art. 2, co. 1-bis, d.lgs. 163/2006, introdotto dall'art. 44, co. 7, d.l. 201/2011).

professionali e di quelli concernenti la capacità economica e finanziaria, sia dei minori oneri e costi di partecipazione alla procedura competitiva³⁸. L'alleggerimento degli adempimenti posti a carico delle imprese, peraltro, ha portata più generale, non essendo circoscritto alle sole ipotesi in cui si ricorra alla suddivisione in lotti. Ciò ad esempio è testimoniato dall'art. 93, co. 8 cod. contr. pubbl. per quel che riguarda le garanzie fideiussorie, dalla disciplina in materia di attestazioni rilasciate dalle società organismi di attestazione (SOA)³⁹, e dall'art. 83, co. 2 cod. contr. pubbl., che prevede che la capacità economica e finanziaria, le capacità tecniche e professionali, e il possesso dei requisiti di idoneità professionale possano essere dimostrati facendo ricorso all'avvalimento⁴⁰, il quale risulta funzionale ad un più ampio – benché non esclusivo – coinvolgimento delle MPMI⁴¹.

³⁸ Si vedano sul tema F. CINTIOLI, *La suddivisione in lotti dell'oggetto dell'appalto*, in *www.giustamm.it*, 1, 2013, p. 14 ss.; C. SANNA, M. PANI, *Lotti funzionali e tutela delle piccole e medie imprese*, in *Urb. e app.*, 12, 2012, p. 1245 ss.; G. BARBERIS, *Suddivisione in lotti degli appalti pubblici: da eccezione a regola a tutela delle PMI. Quale effettività?*, in *Giur. it.*, 12, 2014, p. 2808 ss. (nota a Cons. Stato, sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669). I dati relativi alla partecipazione delle MPMI al mercato dei contratti pubblici paiono confermare gli effetti positivi prodotti dalla suddivisione in lotti, come riportato dal *report* pubblicato a ottobre 2019 dalla Commissione europea, *Analysis of the SMEs' participation in public procurement and the measures to support it* (697/PP/GRO/IMA18/1121/10226), reperibile online al seguente indirizzo Internet: https://ec.europa.eu/growth/content/analysis-smes-participation-public-procurement-and-measures-support-it_en, v. in particolare p. 59 ss.

³⁹ In base al sistema unico di qualificazione ex art. 84 cod. contr. pubbl., come noto, i soggetti esecutori (a qualsiasi titolo) di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 € provano i requisiti di qualificazione mediante attestazioni rilasciate da società organismi di attestazione (SOA). Il comma ottavo di detta disposizione, in particolare, prevede che il regolamento unico (di cui all'art. 216, co. 27-*octies* cod. contr. pubbl.) nel disciplinare i criteri per la determinazione dei corrispettivi dovuti per le attestazioni tenga conto dell'esigenza di ridurre gli stessi in relazione alle MPMI. In attesa dell'adozione di tale regolamento, come noto, rilevano sotto questo profilo le disposizioni del previgente d.P.R. 4 ottobre 2010, n. 207, che all'art. 70, co. 4 dispone che il corrispettivo dovuto per le attività di attestazione (su cui v. allegato C) sia ridotto del venti per cento per le attività qualificate sino alla II categoria di importo (lavori di importo inferiore a 516.000 €).

⁴⁰ Ai sensi dell'art. 89, come noto, l'avvalimento costituisce un istituto di carattere generale, sul quale v. F. CINTIOLI, *L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2011, p. 1421 ss. Si ricordi qui soltanto che, ai sensi dell'art. 89 co. 11 cod. contr. pubbl. non può ricorrersi all'avvalimento in relazione a opere per le quali siano necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. Queste ultime sono disciplinate, in attesa dell'adozione del regolamento unico di cui all'art. 216, co. 27-*octies* cod. contr. pubbl., dal d.m. 10 novembre 2016, n. 248.

⁴¹ TAR Lazio, sez. II, 11 gennaio 2017, n. 1345, e 30 agosto 2016 n. 9441.

Parimenti contribuiscono al medesimo fine anche le previsioni in materia di partecipazione associata alle gare, in particolare nelle forme dei raggruppamenti temporanei di imprese e dei consorzi stabili e ordinari⁴². Il Codice dei contratti pubblici, inoltre, non si limita a favorire – attraverso le misure appena ricordate – la partecipazione delle MPMI alle gare pubbliche, ma ambisce anche ad incrementare le probabilità di effettiva aggiudicazione a favore di queste ultime⁴³. A tal fine i commi secondo e terzo dell'art. 51 cod. contr. pubbl. introducono due istituti *ad hoc* quali, rispettivamente, il vincolo di partecipazione e il vincolo di aggiudicazione. Il primo attribuisce alle stazioni appaltanti la facoltà di limitare il numero di lotti in relazione ai quali ciascun operatore può presentare un'offerta, circostanza che, conseguentemente, riduce il numero di concorrenti per ciascun lotto. Il secondo consente invece di limitare (anche ad uno soltanto) il numero di lotti che possono essere aggiudicati a favore del medesimo offerente, accrescendo, di conseguenza, la probabilità per ciascun operatore di risultare aggiudicatario di almeno – e, a seconda dei casi, al massimo – un lotto⁴⁴.

Tali strumenti sono indubbiamente funzionali alla finalità promozionale qui presa in considerazione; essi pongono, tuttavia, alcune criticità. Da un lato, intervenendo in modo incisivo sul libero esplicarsi del confronto

⁴² Si vedano gli artt. 47 e 48 cod. contr. pubbl.

⁴³ Conformemente a quanto disposto dall'art. 46 della direttiva 2014/24/UE. S'inserisce in quest'ottica anche l'ammissibilità dei raggruppamenti temporanei di imprese c.d. sovrabbondanti, costituiti da «imprese in grado, già singolarmente, di soddisfare i requisiti economici e tecnici di partecipazione» (Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2017, n. 560). Partecipando in forma associata, infatti, le imprese vedono complessivamente aumentare le *chances* di aggiudicazione rispetto alle ipotesi di partecipazione alla gara in forma individuale. In relazione a questo profilo l'art. 48, co. 7 cod. contr. pubbl. si limita a prevedere il divieto per una concorrente (autonomamente in possesso dei requisiti di partecipazione) di partecipare alla gara sia in forma individuale, sia nell'ambito di un raggruppamento o di un consorzio. Come noto, la legittimità, in via di principio, dei raggruppamenti sovrabbondanti non esclude la facoltà delle stazioni appaltanti di escludere questi ultimi in base ad analisi puntuali della struttura e delle dinamiche caratterizzanti il mercato di riferimento, in relazione alle quali dovesse emergere una precisa volontà anticoncorrenziale delle imprese coinvolte, come osservato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato con comunicazione del 23 dicembre 2014 (sul punto si veda Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2020, n. 399). Ancora attuali sul punto – nonostante il mutato quadro normativo – le considerazioni svolte da M. MAZZAMUTO, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2003, p. 179 ss.

⁴⁴ In entrambi i casi, l'apposizione del vincolo (di partecipazione o di aggiudicazione) deve chiaramente risultare dal bando di gara o dalla lettera di invito.

competitivo tra gli offerenti, le misure in questione alterano – *rectius* riducono – la concorrenza, specialmente quando il vincolo di partecipazione e quello di aggiudicazione siano applicati congiuntamente⁴⁵. Dall'altro lato, l'applicazione di tali istituti può entrare in contrasto con le esigenze di contenimento della spesa pubblica e di economicità dell'azione amministrativa. Limitare il numero di lotti per i quali sia possibile presentare un'offerta ed eventualmente ottenere l'aggiudicazione, infatti, impedisce agli operatori economici di conseguire, attraverso economie di scala, dei risparmi di spesa, che potrebbero consentire la formulazione di offerte economicamente più vantaggiose per l'amministrazione stessa. Le stazioni appaltanti sono pertanto chiamate a misurare con attenzione il ricorso a tali istituti, giacché la massimizzazione di un interesse quale la promozione delle MPMI pare comportare rischi significativi per la tutela della concorrenza e per i principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa.

Nelle intenzioni del legislatore, inoltre, anche i soggetti aggregatori della domanda pubblica, quali le centrali di committenza, potrebbero, a determinate condizioni, contribuire ad un maggior coinvolgimento delle MPMI nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici⁴⁶. Ai sensi dell'art. 41, co. 1 cod. contr. pubbl., in particolare, il perseguimento di tale obiettivo potrebbe essere agevolato tanto dal ricorso alle reti di committenza, quanto dagli affidamenti telematici. Proprio il ricorso al Mercato elettronico della p.a. (MEPA), infatti, ha messo ciascun operatore, indipendentemente dalle dimensioni e dalla localizzazione, nelle condizioni di concorrere in maniera effettiva nel mercato dei contratti pubblici sotto soglia⁴⁷.

⁴⁵ Se infatti è indubbio che il vincolo di partecipazione favorisca, a livello macro, la partecipazione delle MPMI alle procedure di affidamento, esso contestualmente riduce a livello micro – ossia di singola gara – la concorrenza. Il punto non è stato ancora oggetto di diffusi approfondimenti scientifici; in argomento si veda tuttavia G.L. ALBANO, A. CIPOLLONE, M. SPARRO, *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, in *Quaderni CONSIP*, 2, 2016. In giurisprudenza si veda la recente pronuncia del TAR Campania, sez. III, 24 luglio 2020, n. 3331.

⁴⁶ Il riferimento è all'art. 41 cod. contr. pubbl. e alla relativa relazione illustrativa, consultabile online al seguente indirizzo internet: <https://www.camera.it/leg17/682?atto=283&tipoAtto=Atto&leg=17&tab=2>.

⁴⁷ I dati riportati da CONSIP dimostrano come la quasi totalità delle imprese operanti su tale mercato (99%) sia costituita da MPMI (così ripartite: 77% micro, 18% piccole, 4% medie). Si

Occorre tuttavia riconoscere come le politiche di aggregazione della domanda⁴⁸ ed il ricorso alle centrali di committenza possano rappresentare, al tempo stesso, un possibile fattore di limitazione della partecipazione delle MPMI. Tale preoccupazione, che è espressa, specialmente in relazione ai contratti sopra soglia, anche dal considerando n. 59 della direttiva 2014/24/UE, deriva dal tendenziale innalzamento delle dimensioni degli appalti aggiudicati dai soggetti aggregatori della domanda pubblica, da cui discende, a sua volta, l'imposizione di requisiti di partecipazione alla gara più stringenti⁴⁹.

Acquisisce infine particolare rilievo, nella prospettiva della presente analisi, la facoltà delle stazioni appaltanti di prevedere – nel bando di gara, nell'avviso o negli inviti, a seconda della procedura prescelta – criteri di aggiudicazione premiali per le MPMI, i quali consentano di valorizzare, in sede di valutazione delle offerte, la loro partecipazione alle gare. Come precisato dall'art. 95, co. 13 cod. contr. pubbl., tuttavia, tali criteri non possono arbitrariamente avvantaggiare le MPMI, dovendo questi ultimi essere compatibili «con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità». La disposizione da ultimo ricordata e i principi europei da essa evocati confermano, ancora una volta, l'illegittimità delle riserve di partecipazione formulate in termini analoghi a quelli della norma oggetto della pronuncia in commento, la quale prevedeva, peraltro, anche una clausola di territorialità – profilo che sarà approfondito nel prossimo paragrafo. Concludendo sul punto, benché il legislatore sia stato sollecitato a favorire ulteriormente la partecipazione delle MPMI attraverso istituti maggiormente incisivi⁵⁰ (questi ultimi tratti impropriamente dall'esperienza giuridica

veda a tal proposito D. CASALINO, *Piccole e medie imprese tra opportunità e sfide: CONSIP e altri aggregatori, nuovi canali di accesso alla domanda pubblica*, in *Quaderni CONSIP*, 2015, 1, in particolare p. 16.

⁴⁸ Si veda art. 26 l. n. 488/99 che ha assegnato a CONSIP il compito di stipulare convenzioni-quadro per l'approvvigionamento di beni e servizi per le amministrazioni statali, con il fine di ottenere economie di scala e ottimizzare i costi delle relative procedure di acquisto.

⁴⁹ Cfr. D. CASALINO, *Piccole e medie imprese tra opportunità e sfide: CONSIP e altri aggregatori, nuovi canali di accesso alla domanda pubblica*, cit., p. 12.

⁵⁰ I rappresentanti della piccola e media imprenditoria, in particolare, da tempo insistono sull'opportunità di inserire nel Codice dei contratti pubblici istituti non soltanto promozionali, bensì di effettiva protezione delle MPMI. Si veda a questo proposito il rapporto presentato da

di altri ordinamenti⁵¹), ad avviso di chi scrive la cornice normativa qui brevemente tratteggiata pare adeguata, come dimostrano i dati relativi agli affidamenti sotto soglia⁵².

Confartigianato il 6 maggio 2019, in audizione alle Commissioni riunite VIII e XIII del Senato, in relazione al d.d.l. di conversione del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, c.d. “sblocca cantieri”. In tale rapporto (v. in particolare p. 6) Confartigianato invoca apertamente una «riserva di appalto per le micro e piccole imprese».

⁵¹ Benché gli strumenti potenzialmente funzionali ad una più ampia ed effettiva partecipazione delle MPMI alle procedure di affidamento dei contratti pubblici siano molteplici e provvisti di un'incisività variabile, nel panorama europeo il *favor* che le assiste può difficilmente tradursi – per le ragioni discusse *supra* – in concrete azioni positive, quali ad esempio le riserve di partecipazione. Sul punto si vedano B. RAGANELLI, *PMI, Procurement e favor participationis*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2017, p. 839 ss.; Id., *Contratti pubblici e piccole medie imprese. Gli strumenti compatibili con la normativa comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2011, p. 551 ss.; M. MONTALTI, *Le azioni di tutela delle piccole e medie imprese negli appalti pubblici: I lozzifonari e le altre modalità di coinvolgimento*, in *App. e contr.*, 5, 2012, p. 8 ss. In prospettiva comparata si vedano: M. TRYBUS, M. ANDRECKA, *Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU?*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 12(3), 2017, p. 224 ss.; M. TRYBUS, *The Promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement: A Strategic Objective of the New Public Sector Directive?*, in F. LICHÈRE, R. CARANTA, S. TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, Djøf Publishing, 2014, p. 255 ss.; M. BURGI, *SME and Procurement Law. European Legal Framework and German Experiences*, in *Public Procurement Law Review*, 16, 2007, p. 284 ss.; A. FLYNN, P. DAVIS, *The Policy-Practice Divide and SME-friendly Public Procurement*, in *Environment and Planning: Politics and Space*, 34(3), 2015, p. 559 ss.; K. LOADER, *Is Public Procurement a Successful Small Business Policy Support? A Review of the Evidence*, in *Environment and Planning: Politics and Space*, 31, 2013, p. 39 ss.; Id., *Supporting SMEs through Government Purchasing Activity*, in *The International Journal of Entrepreneurship and Innovation*, 27, 2005, p. 17 ss. Misure particolarmente incisive sono rinvenibili, invece, nell'esperienza statunitense. In via di estrema sintesi, infatti, l'approccio federale al *public procurement* è volto a massimizzare l'accesso delle PMI alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, differendo in tal modo da quello europeo, più attento ad un bilanciamento tra la promozione della parità di trattamento di tutti gli operatori economici e la promozione della competitività delle PMI. Più precisamente, nel diritto statunitense non si rinvencono solamente misure *soft* di *SME-friendly procurement*, bensì vere e proprie *positive actions*, quali i *set-asides* (riserve), le clausole *buy American*, e altri meccanismi di preferenza regionale. Sul tema si veda M.V. KIDALOV, *Small Business Contracting in the United States and Europe: A Comparative Assessment*, in *Public Contract Law Journal*, 40(2), 2011, p. 443 ss. (in particolare pp. 450-460).

⁵² Per avere un'idea dell'effettiva partecipazione delle MPMI al mercato dei contratti pubblici (nel periodo 2011-2017) può essere utile consultare i dati forniti dal report della Commissione europea *Analysis of the SMEs' participation in public procurement and the measures to support it* (già citato). Quest'ultimo mostra infatti come, nonostante le MPMI rappresentino il 99% delle imprese attive nell'Unione europea, nel periodo di riferimento i contratti sopra soglia aggiudicati nei loro confronti siano stati solo il 61% (19% alle micro, 22% alle piccole, e 20% alle medie, v. p. 37 ss.). Se si guarda al valore complessivo degli appalti (anziché al numero di aggiudicazioni), la percentuale si riduce ulteriormente fino al 33%, con la conseguenza che le grandi imprese (che nell'UE rappresentano appena l'1% delle imprese attive) risultano aggiudicatricie del

Le criticità – che indubbiamente sussistono – si concentrano, piuttosto, nella prassi applicativa degli istituti sin qui discussi.

4. *Clausole di territorialità e misure ad esse equivalenti alla luce del sindacato del giudice amministrativo e costituzionale*

La pronuncia in commento ha opportunamente rilevato come, anziché essere «diretta a favorire le micro, piccole e medie imprese *tout court*», la riserva prevista dalla norma regionale dichiarata incostituzionale fosse volta, piuttosto, ad avvantaggiare le «micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio regionale»⁵³.

Tale passaggio invita a volgere uno sguardo critico alla prassi – invero piuttosto diffusa – consistente nella previsione di misure, variamente congegnate, volte a promuovere gli operatori economici che abbiano particolari collegamenti con l'ambito territoriale di riferimento. Tali misure, oggetto – come nel caso in questione – di apposite norme di legge regionali o, più spesso, frutto della discrezionalità delle stazioni appaltanti nella predisposizione della *lex specialis* di gara⁵⁴, mirano a soddisfare una pluralità di interessi⁵⁵. Fra questi ultimi, tuttavia, s'inseriscono, talvolta in maniera celata, talaltra in modo palese, alcuni slanci protezionistici i

67% del valore complessivo degli appalti. La progressione storica mostra in ogni caso un lieve, ma costante, miglioramento della partecipazione delle MPMI (p. 38). I dati relativi alla situazione italiana sono lievemente inferiori alla media europea: sul totale delle aggiudicazioni dei contratti sopra soglia avvenute nel periodo 2011-2017 solo il 57% è a favore delle MPMI (32% in termini di valore assoluto). Sensibilmente migliore, invece, è il quadro europeo relativo ai contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria (p. 95 ss.), rispetto ai quali la media si attesta all'86% (73% in termini di valore assoluto). I dati relativi all'Italia, inoltre, sono in questo caso superiori alla media europea: 88% per numero di aggiudicazioni e 91% in termini di valore assoluto (dato che colloca l'Italia al primo posto nell'UE per valore complessivo degli appalti sotto soglia aggiudicati alle MPMI). I dati da ultimo richiamati ridimensionano, ad avviso di chi scrive, le criticità da più parti invocate in relazione alla partecipazione delle MPMI – quantomeno per quel che riguarda gli affidamenti di importo inferiore alla soglia comunitaria.

⁵³ Punto 4 in diritto.

⁵⁴ In argomento si veda D. DE PRETIS, *I requisiti di partecipazione alle gare e i limiti alla discrezionalità dell'amministrazione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, CEDAM, 1998, p. 113 ss.

⁵⁵ A titolo esemplificativo, rientrano fra tali interessi la promozione dello sviluppo economico locale, la promozione e la tutela di prodotti e specialità del territorio, e il sostegno a settori economici in difficoltà.

quali, come ci accingiamo ad illustrare, non trovano riconoscimento – né tanto meno tutela – nel nostro ordinamento giuridico.

Fra le misure funzionali all'obiettivo di promozione – *rectius* protezione – delle imprese locali⁵⁶, l'analisi che segue si concentrerà in particolare sulle c.d. clausole di territorialità, rispetto alle quali è andato consolidandosi, tanto nella giurisprudenza amministrativa, quanto in quella costituzionale, un orientamento volto a decretarne la sostanziale illegittimità. Nonostante differiscano fra loro in ragione dell'eterogenea formulazione delle previsioni contenute nei bandi di gara, nei capitoli speciali e negli inviti alla presentazione delle offerte, tali clausole possono essere ricondotte essenzialmente a due tipologie: da un lato quelle che assegnano rilevanza alla territorialità dell'impresa ai fini dell'ammissione alla procedura competitiva, dall'altro quelle che valorizzano tale profilo attraverso criteri tecnici di valutazione dell'offerta tali da rendere più svantaggiosa – se non vana – la partecipazione alla competizione di imprese sprovviste di una sede nel territorio di riferimento.

Le clausole di territorialità riconducibili alla prima tipologia si traducono nell'istituzione di riserve di partecipazione a favore delle imprese già operanti a livello locale al momento della presentazione dell'offerta. Tali riserve possono essere variamente declinate, potendo essere richiesta – come nel caso in commento – la presenza della sede legale e di quella operativa sul territorio regionale⁵⁷, oppure la disponibilità di una sede operativa entro una determinata distanza dal luogo di esecuzione del contratto o dalla sede della stazione appaltante, o addirittura in specifiche frazioni all'interno del territorio comunale⁵⁸.

⁵⁶ Clausole di territorialità, «criteri premianti per le imprese del territorio» e altre misure volte a realizzare i c.d. appalti a “km 0” e una “filiera corta” nel mercato dei contratti pubblici sono spesso al centro delle proposte avanzate dalle associazioni rappresentative delle MPMI, com'è evincibile dal già citato rapporto presentato da Confartigianato il 6 maggio 2019 al Senato in occasione della conversione del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, c.d. decreto “sblocca cantieri” (v. in particolare p. 5).

⁵⁷ V. art. 10, co. 4, l.r. Toscana n. 18/2019, dichiarato incostituzionale dalla pronuncia in commento.

⁵⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2019, n. 3147, che ha dichiarato illegittima una clausola territoriale (inserita nella lettera di invito nell'ambito di una procedura negoziata tramite la quale un Comune toscano intendeva affidare il servizio di manutenzione degli automezzi di proprietà del Comune) che indicava espressamente in quali frazioni del territorio comunale dovesse essere presente la sede operativa.

Clausole di questo tipo hanno l'effetto di restringere a monte la platea dei potenziali concorrenti, ammettendo alla procedura competitiva soltanto gli operatori radicati nel territorio (in virtù, appunto, della disponibilità di una sede operativa o legale, a seconda dei casi). Ciò comporta un significativo vantaggio per le imprese locali, le quali, grazie a tali riserve di partecipazione, sono poste al riparo dal confronto competitivo con operatori "esterni".

Paiono tuttavia evidenti, come costantemente rilevato dalla giurisprudenza, gli effetti anticoncorrenziali di tali clausole, le quali si pongono apertamente in contrasto con i principi – di derivazione comunitaria – di parità di trattamento, non discriminazione e tutela della concorrenza⁵⁹. Ove la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici fosse riservata alle imprese provviste di una sede sul territorio, infatti, queste ultime risulterebbero gravate – ai soli fini dell'ammissione alla procedura – da oneri economici ingiustificati e irragionevolmente gravosi⁶⁰. I principi ricordati, invece, impongono che sia assicurata – nella maggiore misura possibile – l'effettiva contendibilità degli affidamenti di contratti pubblici da parte di tutti gli operatori economici interessati, a prescindere dall'ubicazione geografica degli stessi⁶¹.

Risulta pertanto evidente, alla luce di quanto appena osservato, che le finalità di sviluppo economico regionale e di promozione dell'imprenditoria locale, che pure trovano riconoscimento nell'ordinamento sovra-

⁵⁹ Si vedano, *ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 6 aprile 2020 n. 2293; Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 605, 13 luglio 2012, n. 3469, 12 luglio 2004, n. 5049; TAR Lazio, Latina, sez. I, 20 dicembre 2017, n. 637; TAR Lazio, sez. II-ter, 21 novembre 2017, n. 11517; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 18 febbraio 2009, n. 371; TRGA Trento, 8 novembre 2007, n. 173; TAR Sicilia, sez. III, 21 giugno 2007, n. 1682.

⁶⁰ A questo proposito è del tutto superflua la circostanza che la disponibilità di una sede stabilita dalla clausola di territorialità non richieda la proprietà di un immobile, ma ammetta che tale requisito possa essere parimenti soddisfatto attraverso altri strumenti negoziali (quali ad esempio la locazione o il comodato), o ricorrendo all'avvalimento e al raggruppamento temporaneo di imprese. Il buon esito di tali operazioni, infatti, dipende dalla volontà negoziale di soggetti terzi, assoggettando il concorrente ad un'alea eccessiva (v. sul punto TAR Campania, sez. V, 12 febbraio 2019, n. 776).

⁶¹ L'esigenza di un'effettiva contendibilità degli affidamenti pubblici, stante la rilevanza – anche solo potenzialmente – transfrontaliera degli stessi è costantemente ribadita dalla Corte di giustizia; si vedano *ex multis*: C-352/85 *Bond van Adverteerdes*; C-191/97 *Deliege c. Ligue Francophone de Judo*; e, più recentemente, Corte di giustizia, 6 ottobre 2016, in causa C-318/15 *Tecnoedi Costruzioni srl c. Comune di Fossano*.

nazionale e in quello interno⁶², non possano essere perseguite attraverso una restrizione all'accesso del mercato dei contratti pubblici⁶³.

Parimenti evidente, nondimeno, dovrebbe essere anche la constatazione dell'oggettiva necessità che l'esecuzione di determinati contratti di appalto – in particolare di servizi – avvenga, in base alle peculiarità delle prestazioni in essi dedotte⁶⁴, da parte di soggetti dotati di una sede prossima al luogo in cui queste ultime dovranno svolgersi⁶⁵. Come osservato dalla giurisprudenza, infatti, «non si può negare che la disponibilità di una sede locale costituisca una richiesta che il committente può ragionevolmente formulare nei confronti del soggetto prescelto come aggiudicatario – risultando funzionale all'obiettivo di una capillare esecuzione della prestazione affidata»⁶⁶.

⁶² Il riferimento corre in particolare al principio di coesione territoriale, espressamente riconosciuto dalla Corte costituzionale (cfr. sentenze nn. 72/2019, 172/2018 e 143/2017). Anche il diritto primario dell'UE pare consapevole dell'esigenza di prendere in considerazione tali interessi, come si evince dall'art. 174 TFUE che fa riferimento ad «interventi speciali» per promuovere lo «sviluppo armonico» di determinate Regioni.

⁶³ Cfr. Corte di giustizia, 20 marzo 1990, in causa C-21/88 *Du Pont de Nemours*, e, più recentemente, 12 dicembre 2013, in causa C-292/12 *Ragn Sells*.

⁶⁴ Tanto la presenza di una sede operativa sul territorio, quanto la distanza di quest'ultima dal luogo di esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto, acquisiscono rilievo in relazione alla quantificazione dei costi del servizio e, più in generale, alle esigenze relative ad una gestione efficace ed efficiente del servizio. Un esempio significativo, a tal proposito, è rappresentato dai servizi di raccolta e smaltimento rifiuti, in relazione ai quali Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2017, n. 2238 ha ritenuto legittima una clausola del disciplinare di gara che richiedeva l'impegno a dotarsi, in caso di aggiudicazione, di un impianto di smaltimento entro 30 km dalla sede della stazione appaltante. In questo settore, peraltro, la legittimità di tali clausole è assicurata dall'art. 181, co. 5 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (TU ambiente) che stabilisce il principio di prossimità. In tale contesto, infatti, la prossimità degli impianti di smaltimento è strumentale alla riduzione dell'impatto ambientale derivante dalla movimentazione dei rifiuti. In argomento si veda, più recentemente, Cons. Stato, sez. III, 6 aprile 2020 n. 2293 che ha stabilito (con particolare riferimento allo smaltimento di rifiuti sanitari), la legittimità di una clausola territoriale, il cui ambito di riferimento era peraltro piuttosto ampio, comprendendo il territorio di tre Regioni.

⁶⁵ Sulla necessità che nello stabilire la legittimità di una clausola di territorialità si operi uno scrutinio attento alle specifiche caratteristiche della prestazione oggetto del contratto di appalto cfr. TAR Piemonte, 16 luglio 2019, n. 811. Già l'ANAC, nella deliberazione n. 95 del 7 novembre 2012 (n. 2419/2012), aveva precisato che, benché i requisiti di esecuzione della prestazione siano espressione della discrezionalità – ampia – di cui gode la stazione appaltante (la quale trova il proprio limite solamente nella manifesta illogicità e nell'assenza di proporzionalità), pare legittimo richiedere la territorialità dell'operatore chiamato ad eseguire il contratto solo laddove questa sia realmente espressiva di profili di eccellenza dello stesso, o sia imposta dalla natura della prestazione.

⁶⁶ TAR Campania, sez. III, 24 luglio 2020, n. 3331.

Ai fini della legittimità della procedura selettiva, tuttavia, occorre che tale clausola non sia strutturata come una riserva di partecipazione, potendo unicamente assumere le forme di una condizione di esecuzione – o tutt'al più stipulazione – del contratto. A monte della procedura risulta pertanto sufficiente che il concorrente inserisca nell'offerta un impegno vincolante a dotarsi, in caso di aggiudicazione, di una sede nel territorio di riferimento⁶⁷. Le clausole istitutive di riserve di partecipazione a favore delle imprese locali, come anticipato, non esauriscono il novero delle misure che il giudice amministrativo ha ritenuto illegittime. Risultano parimenti viziati, infatti, anche quei criteri tecnici di valutazione dell'offerta che, assegnando un punteggio premiale di entità – manifestamente – sproporzionata alle imprese dotate di una sede operativa sul territorio, rendono vana la partecipazione alla procedura competitiva degli operatori che non ne dovessero essere muniti⁶⁸.

Privando di effettività la partecipazione al confronto concorrenziale degli operatori sprovvisti di una sede nel territorio di riferimento, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato tali criteri sarebbero di fatto riconducibili al *genus* delle clausole immediatamente escludenti, circostanza che ne consentirebbe la diretta impugnabilità⁶⁹.

⁶⁷ *Ibidem*. L'interesse pubblico sotteso all'esigenza che l'operatore economico sia provvisto di una sede operativa locale, infatti, diviene attuale solo al momento dell'aggiudicazione.

⁶⁸ In tali ipotesi la mancanza, al momento della presentazione dell'offerta, di una sede nel territorio di riferimento comporta una valutazione peggiore della stessa, circostanza che «vanifica ogni possibilità di gareggiare utilmente, in una situazione di par condicio con gli altri concorrenti, attraverso una proposta realmente competitiva» (TAR Campania, sez. V, 12 febbraio 2019, n. 776). In senso conforme si veda TAR Valle d'Aosta, 17 settembre 2018, n. 44, che ha dichiarato illegittimo il criterio previsto da un disciplinare di gara che riconosceva un punteggio premiale agli operatori in possesso di un ufficio operativo entro 80 km dalla sede della stazione appaltante già al momento della presentazione dell'offerta.

⁶⁹ Pur condividendosi il risultato pratico che tale orientamento ambisce ad assicurare, corre l'obbligo di ricordare che tali clausole, operando sul piano della valutazione delle offerte, anziché su quello dell'ammissione, non sono di per sé formalmente escludenti. Sul punto, oltre al già citato TAR Campania, sez. V, 12 febbraio 2019, n. 776, si vedano *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5929; TAR Campania, sez. II, 3 aprile 2018, n. 2083. Sul concetto di clausola immediatamente escludente cfr. Ad. Plen. 26 aprile 2018, n. 4, con nota di L. BERTONAZZA, *Notarelle originali in tema di impugnazione dei bandi*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 3, p. 959 ss. In via di estrema sintesi, e senza pretese di esaustività, sono inoltre da ritenersi riconducibili al *genus* delle clausole immediatamente escludenti: quelle che limitano l'ammissione alla procedura in difetto di un determinato requisito soggettivo; le clausole che impongano, ai fini della partecipazione, oneri manifestamente incomprensibili o sproporzionati rispetto ai contenuti del-

Diversamente, come già osservato in relazione alle precedenti clausole di territorialità, ove la presenza di una sede locale dovesse apparire giustificata alla luce di oggettive esigenze di esecuzione del contratto, criteri tecnici di valutazione dell'offerta quali quelli appena menzionati potrebbero essere considerati legittimi. Ciò sarebbe possibile, tuttavia, solo allorché il punteggio premiale non fosse riconosciuto soltanto ai concorrenti già in possesso di tale sede, ma anche a quelli che avessero rilasciato, contestualmente alla presentazione dell'offerta, una formale dichiarazione d'impegno a dotarsene in caso di aggiudicazione⁷⁰. Solo tale soluzione, infatti, potrebbe assicurare la compatibilità di tali criteri con le esigenze di tutela della concorrenza e con il divieto di discriminazione⁷¹. Anche la Corte costituzionale, come conferma la pronuncia in commento, ha in più occasioni riscontrato l'illegittimità costituzionale di disposizioni di legge regionali volte a conferire alle stazioni appaltanti la facoltà di inserire clausole di territorialità nelle procedure di affidamento di con-

la procedura concorsuale (Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671); previsioni che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o impossibile (Ad. Plen. 11 giugno 2001, n. 3); disposizioni abnormi o irragionevoli, che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, o prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293, e Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135); clausole impositive di obblighi *contra ius* (come ad esempio quelle che richiedano cauzioni pari all'intero importo dell'appalto, v. Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222); bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta o che presentino formule matematiche del tutto errate; atti di gara che omettano le indicazioni relative a costi inerenti alla sicurezza «non soggetti a ribasso» (Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421).

⁷⁰ Cfr. TAR Veneto, sez. I, 21 giugno 2018, n. 673. Nel caso di specie il capitolato speciale di una procedura negoziata richiedeva la disponibilità di un centro di assistenza e manutenzione autoveicoli nel raggio di 15 km dalla stazione appaltante «prima dell'avvio del servizio». Secondo il giudice amministrativo, nonostante la formulazione ambigua della clausola, quest'ultima avrebbe potuto essere interpretata in senso conforme al diritto comunitario, potendo essere qualificata quale condizione per la stipulazione del contratto e per la successiva esecuzione dello stesso, anziché come requisito di partecipazione.

⁷¹ Sull'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario (con particolare riferimento al settore dei contratti pubblici) si vedano Corte di giustizia, 7 aprile 2016, in causa C-324/14 e 10 ottobre 2013, in causa C-94/12, oltre alla più risalente Comunicazione interpretativa della Commissione europea relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non, o solo parzialmente, disciplinate dalle direttive appalti (2006/C 179/02).

tratti pubblici da esse indette⁷². Come osservato nel corso dell'analisi della sentenza n. 98/2020⁷³, infatti, tali disposizioni, oltre a stridere con le esigenze di tutela della concorrenza, materia rientrante nella potestà legislativa esclusiva dello Stato, si pongono direttamente in contrasto con la libertà di prestazione dei servizi e con la libertà di stabilimento, che costituiscono la base giuridica delle direttive europee in materia di contratti pubblici⁷⁴.

Sotto un differente – ma connesso – punto di vista, la Corte costituzionale ha inoltre precisato che previsioni di legge istitutive di clausole analoghe a quelle discusse nel presente paragrafo comportano una violazione del principio di eguaglianza e dell'art. 120, co. 2 e 3 Cost., in base ai quali una Regione «non può adottare procedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose fra le Regioni» e «non può limitare il diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego o lavoro»⁷⁵.

5. Spunti per una possibile composizione di interessi divergenti tra principi europei, norme statali e regionali

Prendendo le mosse dalla pronuncia in commento, si è qui tentato di mettere in luce i molteplici profili di illegittimità che caratterizzano, nella prassi, le clausole di territorialità e le misure ad esse equivalenti, anche nelle ipotesi in cui queste ultime siano apparentemente volte a favorire la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Ad avviso di chi scrive, ferme restando, da un lato, le ragioni di sostanziale illegittimità delle misure analizzate, e, dall'altro, i limiti della potestà legislativa regionale derivanti dal riparto di competenze di cui all'art.

⁷² Si veda, oltre alla giurisprudenza ricordata *supra* (par. 2), Corte cost., 3 luglio 2013, n. 209, che ha dichiarato costituzionalmente illegittime alcune norme della Regione Basilicata che, per sostenere il consumo dei prodotti agricoli di origine regionale «a chilometri zero», prevedevano che l'utilizzo di questi ultimi nei servizi di ristorazione collettiva costituisse un titolo preferenziale per l'aggiudicazione.

⁷³ Cfr. *supra*, par. 2.

⁷⁴ Si veda in argomento M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, cit.

⁷⁵ Corte cost. 26 giugno 2001 n. 207, e 22 dicembre 2006 n. 440.

117 Cost., residuano alcuni margini di intervento, i quali potrebbero consentire di ricondurre a sintesi una pluralità di interessi che, altrimenti, finirebbero per rimanere divergenti.

Quanto al primo aspetto, nonostante la possibile tensione con l'esigenza di tutelare la concorrenza, non pare che possa mettersi in discussione, quantomeno da un punto di vista teorico, la meritevolezza di interessi quali la partecipazione delle MPMI al mercato degli appalti pubblici, lo sviluppo economico regionale e la promozione dell'imprenditoria locale.

La pronuncia in commento, infatti, non ha inteso in alcun modo suggerire tale linea di ragionamento. Essa, piuttosto, ha chiarito in termini cristallini che tali finalità non possono essere perseguite né attraverso riserve di partecipazione, né – alla luce di consolidati orientamenti giurisprudenziali – ricorrendo a misure ad esse equivalenti. Queste ultime, infatti, risultano in contrasto con i principi di diritto interno e sovranazionale che disciplinano l'affidamento dei contratti pubblici, fra i quali acquisisce rilievo primario, oltre alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi, il divieto di discriminazioni per effetto dell'ubicazione geografica dell'operatore economico⁷⁶.

Si sono già ricordate⁷⁷ le misure che il legislatore statale, recependo le direttive europee, ha introdotto per favorire una più ampia ed effettiva partecipazione delle MPMI al mercato dei contratti pubblici, quale *in primis* la suddivisione in lotti. A queste ultime, come visto, la sentenza della Corte costituzionale non oppone alcuna preclusione.

⁷⁶ Corre l'obbligo di ricordare, a questo proposito, come anche nell'ambito delle modifiche introdotte nel Codice dei contratti pubblici dal c.d. decreto semplificazioni (d.l. 16 luglio 2020, conv. con modif. dalla l. n. 120/2020, v. in particolare Capo I, Titolo I, artt. 1-9), venga ribadita l'esigenza di non operare discriminazioni su base territoriale, nonostante la natura derogatoria (e in parte temporanea) delle stesse – le quali sono volte a far fronte alle esigenze di ripresa economica conseguenti all'emergenza sanitaria. In particolare, ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. b) l'affidamento di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria (quali quelli oggetto della pronuncia in commento) può avvenire tramite procedura negoziata senza bando (di cui all'art. 63 cod. contr. pubbl.) la quale deve tuttavia avvenire previa consultazione di un numero variabile di operatori (da cinque a quindici a seconda del valore del contratto) individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici «nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriali delle imprese invitate».

⁷⁷ V. *supra*, par. 3.

Quanto alle finalità di promozione dell'imprenditoria locale e al perseguimento dello sviluppo economico regionale, invece, pare necessario ricorrere ad azioni positive e interventi di sostegno di natura diversa da quelli qui considerati, i quali, ponendosi al di fuori della disciplina dei contratti pubblici, possono rientrare, a determinate condizioni, nella disponibilità dei legislatori regionali.

Il tema, invero ampio, ci conduce al secondo profilo sopra menzionato, relativo alle conseguenze, in punto di esercizio della potestà legislativa regionale, derivanti dal riparto di competenze di cui all'art. 117 Cost. nell'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale.

Da un lato quest'ultima ha infatti ricordato che nell'esercizio della potestà legislativa prevista dalle c.d. clausole trasversali rientranti nelle materie di competenza esclusiva – quale appunto la tutela della concorrenza – lo Stato deve in ogni caso rispettare i canoni dell'adeguatezza e della proporzionalità⁷⁸. Dall'altro essa ha precisato che la tutela della concorrenza non esclude di per sé interventi promozionali, essendo purtuttavia necessario che questi ultimi siano introdotti in conformità con il riparto delle competenze legislative stabilito dalla Costituzione⁷⁹. Le materie interessate da siffatti interventi «possono infatti corrispondere a molteplici settori (ad esempio, il commercio, l'agricoltura, il turismo, l'industria) nei quali operano le imprese in difficoltà che siano beneficiarie dei medesimi, riconducibili a materie di competenza regionale»⁸⁰. Rientrano, in particolare, in tali ambiti di competenza legislativa «gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale»⁸¹.

Affinché tali misure possano ritenersi legittime, tuttavia, occorre che esse non limitino, direttamente o indirettamente, la libera circolazione delle

⁷⁸ Corte cost., 15 novembre 2004, n. 345.

⁷⁹ Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 83. Nel novero degli interventi promozionali acquisiscono rilievo primario i finanziamenti pubblici, i quali, com'è noto, possono assumere forme, durata e intensità differenti. In argomento si vedano: G. CASTALDI, *Sovvenzioni, incentivi e finanziamenti pubblici*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, XV, Torino, UTET, 1998, p. 84 ss.; G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, I, 1967; S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il finanziamento agevolato delle imprese. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987; R. CIPPITANI, *Gratuità e finanziamenti pubblici*, in A. PALAZZO, S. MAZZARESE (a cura di), *Atti gratuiti*, Padova, CEDAM, 2008, p. 79 ss.

⁸⁰ *Ibidem*, punto 1.3 in diritto.

⁸¹ Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14 (punto 4 in diritto).

persone, dei beni e dei servizi fra le Regioni, e che siano conformi alla disciplina in materia di aiuti di Stato⁸².

Non vi è quindi alcuna contrapposizione ontologica, né assiologica, tra la tutela della concorrenza e la promozione (anche nel mercato dei contratti pubblici) delle imprese locali; sono piuttosto gli strumenti sinora impiegati nella prassi ad aver generato effetti distorsivi e pratiche illegittime.

⁸² Corte cost. nn. 98/2017 e 217/2012.