

I PRINCIPI DI MASSIMA PARTECIPAZIONE E DI TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Marco Calabrò - Anton Giulio Pietrosanti *

Abstract [Ita]: Il lavoro, prendendo le mosse dall'analisi dell'art. 10 del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), esamina l'evoluzione del principio di massima partecipazione (e del connesso principio della tassatività delle cause di esclusione), soffermandosi sulla plurima portata applicativa dello stesso. Lo studio mette in evidenza la centralità del principio di massima partecipazione nell'ambito dell'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, sottolineando in particolare l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto alla stazione appaltante nel ponderarne l'applicazione attraverso il bilanciamento con gli altri principi generali di riferimento, oggi espressamente indicati nella Parte I, Titolo I del nuovo Codice.

Abstract [Eng]: This paper starts from the analysis of the art. 10 of the new Public Procurement Code (Legislative Decree No. 36/2023) and examines the evolution of the principle of maximum participation (and the connected principle of the mandatory nature of the causes of exclusion), focusing on the multiple scope of application of the same. The study highlights the centrality of the principle of maximum participation within the entire discipline of public procurement procedures, underlining in particular the wide margin of discretion recognized to the contracting station in weighing up its application through the balancing with the other general principles of reference, today expressly indicated in Part I, Title I of the new Code.

SOMMARIO: 1. Il principio di massima partecipazione tra concorrenza e buon andamento. – 2. La tassatività delle cause di esclusione e il principio di legalità. – 2.1. L'impianto espulsivo delle cause automatiche e non automatiche. – 2.1.1. Il grave illecito professionale alla prova della tipizzazione legislativa di un diritto amministrativo *giurisprudenziale-sapientziale*. – 2.2. Il soccorso istruttorio. – 3. I criteri di attinenza e proporzionalità all'oggetto del contratto nella individuazione dei requisiti speciali di partecipazione. – 4. La plurima portata applicativa del principio di massima partecipazione: tra equivalenza dei requisiti, avvalimento e principio di rotazione. – 5. *Favor* nei confronti delle micro, piccole e medie imprese: i limiti della compatibilità con le prestazioni da acquisire e delle esigenze di contenimento della spesa pubblica. – 6. Conclusioni.

1. Il principio di massima partecipazione tra concorrenza e buon andamento.

Il principio di massima partecipazione alle procedure di gara ha in sé una duplice valenza, che, se, da un lato, ne evidenzia la centralità nell'ambito del settore dei contratti pubblici, dall'altro, ne incrementa il grado di complessità in chiave applicativa. In particolare, esso può essere in prima battuta letto dal punto di vista dell'operatore economico, quale principio volto a consentire la massima contendibilità, imponendo alla stazione appaltante di agevolare il superamento di una serie di possibili barriere (di ordine formale, procedurale, strutturale) all'accesso alla gara, traducendosi pertanto in una espressione del principio di imparzialità¹.

¹ * Il presente scritto è il frutto di una riflessione comune tra gli autori. Tuttavia, Marco Calabrò è autore dei

Parallelamente, ispirare le regole e le procedure di gara alla più ampia partecipazione da parte di tutti i soggetti potenzialmente in grado di soddisfare le esigenze contrattuali dell'amministrazione si pone – questa volta collocandosi nell'ottica della p.a. – quale strumento essenziale per consentire la selezione del miglior contraente possibile, e, quindi, in una prospettiva di buon andamento².

Anche la giurisprudenza ha avuto modo di evidenziare tale duplice *ratio* del principio in questione, affermando come esso sia da considerarsi finalizzato «a soddisfare non solo le aspettative dei singoli aspiranti, ma anche l'interesse pubblico ad ampliare la platea dei concorrenti tra cui selezionare l'offerta più favorevole»³. Ad un più approfondito esame delle due descritte accezioni, emerge, invero una sorta di gradualità tra le stesse, tale da consentire una distinzione tra *favor participationis* e massima partecipazione, generalmente intesi in chiave sinonimica: l'esigenza di strutturare le procedure di gara e le modalità di dialogo procedimentale in modo tale da consentire al singolo operatore economico di partecipare non frapponendo barriere formali e attivandosi per superare eventuali ostacoli all'entrata, rappresenta un primo e più limitato obiettivo, in un'ottica *micro* (*favor participationis*); in una dimensione *macro* (massima partecipazione), invece, il tema non è tanto consentire ad un determinato concorrente di partecipare superando letture meramente formalistiche delle procedure concorsuali, quanto piuttosto introdurre regole e istituti in grado di offrire alla stazione appaltante un ventaglio di offerte quantitativamente e qualitativamente idonee al perseguimento del miglior risultato economico e giuridico⁴.

Si è ormai ben lontani, in altri termini, dall'idea originaria – contenuta nella legislazione sulla contabilità di Stato (R.D. n. 2440/1923) – secondo la quale le regole dell'evidenza pubblica avrebbero avuto come unico fine l'individuazione del contraente privato in grado di offrire le migliori prestazioni e garanzie alle condizioni più vantaggiose⁵. A tale

parr. 1, 3, 4 e 5, mentre Anton Giulio Pietrosanti è autore dei parr. 2, 2.1, 2.1.1 e 2.2. Il par. 6 è da attribuire ad entrambi gli autori.

«Ogni previsione attinente ai requisiti di partecipazione alle gare pubbliche deve essere riguardata attraverso lo spettro del principio supremo di libertà della concorrenza e di favor per la massima partecipazione, aperta tendenzialmente a tutti gli operatori sostanzialmente idonei ad eseguire la prestazione richiesta» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 14 febbraio 2018, n. 1769, in www.giustizia-amministrativa.it). A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 952 ss.

2 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 2017, n. 3641, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 3 maggio 2016, n. 2185, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 19 febbraio 2013, n. 1828, in *Guida al diritto*, 11/2013, p. 49. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 297 ss. In generale, sulla portata applicativa del principio di buon andamento v. M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M.RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 126 ss.

3 T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 27 luglio 2017, n. 3990, in *Foro amm.*, 7-8/2017, p. 1731; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 6 febbraio 2017, n. 334, in www.giustizia-amministrativa.it.

4 Per una lettura dell'attività di selezione delle migliori offerte – intese come quelle presentate da operatori economici affidabili e in grado di soddisfare gli obiettivi di qualità prestazionale che si pone di volta in volta la stazione appaltante – in una prospettiva di ottimizzazione del risultato economico e giuridico, v. M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 429. Tale prospettiva si innesta, evidentemente, nella ricostruzione di più ampio respiro, operata da una parte della letteratura, del principio di buon andamento come espressione di un modello di amministrazione orientata al risultato, su cui si rinvia ai lavori di M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula Amministrazione per risultati*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, II, p. 813 ss.; L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 110 ss.

5 Ai sensi di tale concezione originaria, la *ratio* della normativa sull'evidenza pubblica si sarebbe configurata in termini meramente contabilistici, quale controllo della spesa pubblica per il miglior utilizzo del denaro pubblico.

prospettiva, si è affiancato l'afflato concorrenziale comunitario, in base al quale la scelta del contraente privato deve essere realizzata attraverso procedure in grado di soddisfare (anche) l'esigenza di tutelare la libertà di impresa e i principi di trasparenza e non discriminazione⁶. La concorrenza, la più ampia apertura dei mercati, sembra assurgere in un certo qual modo a vero e proprio «baricentro del sistema dell'evidenza pubblica»⁷.

Parte della dottrina, al riguardo, ha tuttavia condivisibilmente osservato come tra le due finalità (tutela della concorrenza e miglior uso del denaro pubblico) non viene a configurarsi una relazione paritaria, bensì di tipo "strumentale": la prima – consentendo alla stazione appaltante di disporre di un'ampia scelta circa l'offerta maggiormente rispondente ai bisogni della collettività – si configura quale mezzo per raggiungere il fine del buon andamento⁸. Detto in altri termini – e richiamando la distinzione operata da Trimarchi Banfi tra concorrenza nel senso del diritto nazionale e concorrenza nel senso del diritto europeo – si può affermare che il principio di massima partecipazione è, da un lato, espressione della prima (concorrenza ai sensi del diritto nazionale), nella misura in cui è volto a garantire la soddisfazione dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza; dall'altro lato, e nel contempo, esso è altresì strumento delle «regole europee della concorrenza», poste a presidio non dell'imparzialità della p.a., bensì del corretto ed efficace funzionamento del mercato⁹.

Principio di massima partecipazione, quindi, quale principio dotato di una duplice, seppur non inconciliabile, anima, e che, a ben vedere, si colloca a sua volta in un contesto di perenne tensione con l'altrettanto centrale principio della *par condicio* tra i concorrenti¹⁰. Come noto, l'esigenza di garantire la parità di trattamento tra gli operatori economici in termini di assoluta neutralità da parte della stazione appaltante è da sempre percepita come primaria¹¹. Parte della dottrina riconosceva, invero, in capo al principio di parità di trattamento una valenza assoluta (quale immediata espressione del principio di

In termini v. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1982, p. 660.

6 Cfr. Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Giur. cost.*, 6/2007, p. 4569, con nota di C. LOMBARDI, *Il diritto europeo e la trasversalità dell'intervento a tutela della concorrenza legittimano la disciplina statale dell'evidenza pubblica*. Sul tema v. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, cit.; R. CARANTA, *Contratti pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. I, Torino, 2008, p. 237 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.

7 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 30 agosto 2016, n. 9441, in www.giustizia-amministrativa.it. Per una critica a tale prospettiva, in termini di non adeguata considerazione di obiettivi ulteriori sottesi alla contrattazione pubblica, quali quello della sostenibilità ambientale e sociale, v. P. CHIRULLI, *La proconcorrenzialità nel codice dei contratti pubblici*, in F. LIGUORI E C. ACOCELLA (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, 2017, p. 13 ss.

8 «La finalità proconcorrenziale, intesa come concorrenza "per" il mercato, assume pur sempre rilevanza se e in quanto si suppone che la concorrenza effettiva possa assicurare la soddisfazione dell'interesse pubblico in ragione del fatto che porta a contenere i prezzi dei contratti e ad aumentare la qualità delle prestazioni, consentendo così di scegliere il contraente "giusto". Ma ciò significa appunto che libertà di concorrenza e di mercato operano come un mezzo rispetto al fine, ovvero che assumono rilevanza in quanto interessi pubblici», F. FRANCIOSI, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, p. 954.

9 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 locali)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 5/2012, p. 730-733. Riprende, più di recente, la distinzione tra nozione europea e nazionale di concorrenza E. ZAMPETTI, *I servizi pubblici nel contesto pandemico. riflessioni su libertà organizzativa, affidamento in house e principio di sussidiarietà*, in Giustiziainsieme.it, 2021.

10 Si sofferma su tale divergente tensione, tra gli altri, A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011, p. 217 ss., ove l'Autore parla di un «*trade-off* tra il *favor* formalistico per la *par condicio* e il *favor* sostanzialistico per la partecipazione».

imparzialità), tale da rendere il principio di massima partecipazione sussidiario rispetto al primo¹². Tale orientamento, tuttavia, pare ormai superato a fronte dell'esigenza – anche alla luce del tenore della più recente evoluzione della normativa europea – di individuare *case by case* un adeguato punto di equilibrio tra il rispetto del principio di *par condicio* tra gli operatori economici ed il principio del *favor participationis*, nell'ottica (di matrice pubblica e privata) di consentire una effettiva e ampia competizione tra tutti i soggetti in grado di soddisfare le domande di un determinato segmento di mercato¹³.

Anche dall'esame della giurisprudenza emerge un analogo percorso evolutivo. A fronte di alcune pronunce più risalenti nel tempo tese ad escludere la possibilità che la stazione appaltante potesse/dovesse procedere di volta in volta ad un bilanciamento tra i due principi¹⁴, il giudice amministrativo è ormai saldamente orientato verso la necessità di garantire il rispetto della parità di trattamento tra i concorrenti (e, quindi, del principio di imparzialità), senza però trasmodare in un eccesso di formalismo, il che non solo tradirebbe lo spirito generale pro-concorrenziale che connota la materia degli appalti pubblici, ma finirebbe per comportare effetti negativi anche in capo all'interesse pubblico alla selezione dell'offerta (sostanzialmente) migliore¹⁵.

A ben vedere, invero, la giurisprudenza più recente sembra tendere ad affermare una certa prevalenza del principio di massima partecipazione rispetto a quello di *par condicio*, nella misura in cui estende massimamente l'ambito di applicazione del soccorso istruttorio (v. *infra* par. 2.2), nonché sancisce l'illegittimità di qualsiasi forma di esclusione per ragioni puramente formali¹⁶. In altri termini, in assenza di contrari specifici interessi della p.a., a

11 In generale, per una ricostruzione evolutiva di tale principio, v. S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, p. 289 ss.

12 In termini S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, in *Trattato de contratti*, diretto da P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, VIII, Torino, 2007, p. 356 ss. Cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 8265, in *Riv. giur. edilizia*, 3/2007, p. 1172.

13 E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 3/2018, p. 641; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 251.

14 Cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 marzo 2012, n. 1699, in *Foro amm. CDS*, 3/2012, p. 578.

15 «Nelle pubbliche gare, il pur generale principio della massima partecipazione deve essere rapportato al concomitante principio della *par condicio* (secondo cui occorre impedire che un concorrente possa avvantaggiarsi della propria situazione tributaria al fine di offrire un prezzo ingiustificatamente più favorevole rispetto agli altri concorrenti) e con l'ulteriore principio secondo cui le Amministrazioni pubbliche devono comunque prioritariamente mirare all'obiettivo di negoziare con controparti sicuramente attendibili e finanziariamente solide, in tal modo riducendo il rischio di dispersione ingiustificata di risorse pubbliche» (Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 2016, n. 4960, in *Foro amm.*, 11/2016, p. 2659). Lega l'opportunità di rifuggire da formalismi ultronei all'esigenza di conseguire il raggiungimento del miglior risultato sostanziale T.A.R. Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, 4 dicembre 2017, n. 345, in *Foro amm.*, 12/2017, p. 2436. Sul tema v. anche M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 71 ss. e C. MARZUOLI, *Il principio di buon andamento e il divieto di aggravamento del procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 206 ss., il quale sottolinea, in generale, l'esigenza di temperare qualsiasi tendenza al formalismo procedurale.

16 «Nel rapporto sempre esistente in materia di contratti pubblici fra principio di massima partecipazione e di *par condicio* è ormai il primo a essere considerato prevalente, alla luce del disposto dell' art. 83 d.lgs. n.50 del 2016 che consente che sia sanata la mancanza essenziale di elementi formali – *rectius* –, la mancanza di elementi essenziali - purché non riguardino le offerte tecnica ed economica, ovvero non consentano l'individuazione del contenuto dell'offerta o del soggetto proponente, e ciò mediante apposita richiesta della Stazione Appaltante entro un termine perentorio, scaduto invano il quale l'offerta va esclusa» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 6 novembre 2017, n. 11031, in www.giustizia-amministrativa.it).

fronte di eventuali dubbi interpretativi, viene riconosciuta una preferenza al *favor participationis* «in coerenza con l'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale»¹⁷.

Del resto, il ruolo nodale riconosciuto dall'ordinamento al principio di massima partecipazione è altresì confermato dalla circostanza che esso – come da tempo affermato da dottrina e giurisprudenza – assurge a criterio interpretativo generale della *lex specialis* di gara, ogniqualvolta questa si riveli lacunosa o foriera di dubbi applicativi¹⁸. In altri termini, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola del bando, va preferita la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti¹⁹.

Da quanto osservato, emerge con chiarezza come il principio di massima partecipazione – pur non trovando una espressa ed autonoma disciplina all'interno del d.lgs n. 50/2016 – fosse comunque configurabile, anche sotto la vigenza del precedente Codice, quale vero e proprio baricentro dell'intero settore degli appalti pubblici, in quanto funzionale sia alle istanze pro-concorrenziali che alla selezione del miglior contraente presente sul mercato. Numerose, del resto, erano le disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 interpretabili come diretta espressione del principio di massima partecipazione²⁰. Appare, pertanto, pienamente coerente con la complessiva operazione volta a dotare la nuova disciplina di una solida base di principi generali di riferimento, l'aver espressamente inquadrato, con l'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023, il principio di massima partecipazione quale principio fondamentale destinato ad orientare l'operato dell'amministrazione nel corso dell'intera fase della selezione del contraente privato.

Tra l'altro, come si illustrerà nel prosieguo del presente scritto, la formulazione adoperata dal legislatore conferma in qualche misura la natura "ibrida" del principio in questione, così come *supra* delineata. Da un lato, infatti, (art. 10, co. 1 e 2) esso è declinato in termini di tassatività delle cause di esclusione, operando, quindi, nell'ambito del rapporto tra stazione appaltante e singolo operatore economico (visione *micro*, ispirata a ragioni pro-concorrenziali). Dall'altro lato, il principio di massima partecipazione è, invece, legato alla individuazione di precisi limiti nella determinazione dei requisiti speciali di partecipazione, nonché alle misure tese a favorire l'accesso alle procedure ad evidenza pubblica per le micro, piccole e medie imprese (visione *macro*, espressione dell'esigenza di selezionare il miglior contraente privato).

¹⁷ Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2015, n. 3611, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸ Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1186, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 2 novembre 2017, n. 336, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1247, in *Foro amm. CDS*, 2/2011, p. 477. Di contro, la stessa giurisprudenza sottolinea che «Non può essere invocato il principio di massima partecipazione alla gara laddove vengano in rilievo clausole chiare che prescrivono un requisito di partecipazione, la cui disapplicazione si porrebbe in contrasto con l'efficacia di tali disposizioni, non impugnate, con il principio di par condicio dei partecipanti» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 20 maggio 2022, n. 6581, in www.giustizia-amministrativa.it).

¹⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2022, n. 4731, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 3/2022, con nota di A. ZUCCOLO, *Per l'interpretazione del bando di gara, il Consiglio di Stato sembra ignorare il rilievo pubblicistico dell'atto, guardando esclusivamente al diritto comune e all'immanente supremo fine della tutela del mercato*, p. 59 ss. In termini v. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 5 luglio 2018, n. 978, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 25 settembre 2017, n. 9899, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 657, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰ Tra le principali, è possibile ricordare gli artt. 30, co.1 (richiamo dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità), 30. co. 7 (*favor* nei confronti della PMI), 51 (regola generale della suddivisione in lotti funzionali) e 83 (individuazione dei requisiti nel rispetto dell'interesse al più ampio numero di potenziali partecipanti).

2. La tassatività delle cause di esclusione e il principio di legalità.

Nella visione *micro* ispirata da ragioni proconcorrenziali, la tassatività va esaminata alla luce del principio di legalità onde verificarne la stretta aderenza sotto il profilo della determinatezza e della tipicità delle cause di esclusione. In verità, già nella vigenza del precedente codice ci si era interrogati sul “se” il principio di tassatività avesse giocato un ruolo troppo debole nella partita per la difesa della legalità in riferimento a cause di esclusione che – per come costruite – avevano lasciato spazio a ipotesi espulsive per così dire subdole o occulte, in quanto estrapolate solo tramite un’interpretazione creativa²¹.

A tal fine, si era auspicato un intervento del legislatore che, attraverso un appropriato livello di precisione (semantica nella costruzione delle stesse), potesse risolvere le ambiguità interpretative più pericolose per la tenuta della legalità e dell’uguaglianza nelle procedure ad evidenza pubblica. Una simile esigenza era stata avvertita anche dalla giurisprudenza la quale, in diverse occasioni, aveva rimarcato l’importanza della sicurezza giuridica e dell’uso di disposizioni, determinate e chiare, nel disegnare i meccanismi espulsivi.

E invero, sebbene il legislatore del 2016 avesse cercato di tipizzare alcune fattispecie espulsive (si pensi al grave illecito professionale) e avesse attribuito all’ANAC la prerogativa di delimitarne i confini, la struttura aperta della relativa normativa sembrava aver lasciato un potere abbastanza ampio che consentiva di riempire il *genus* in questione con ipotesi non sempre prevedibili dagli operatori economici²².

Si ricorderà infatti come, nel codice precedente, fosse prevista una figura autonoma di grave illecito professionale alla quale seguivano altre cause di esclusione che, ai fini espulsivi, potevano essere considerate autonomamente oppure come espressione dello stesso illecito professionale²³.

Ne derivava una sorta di *open ended list* della causa di esclusione, che a sua volta indeboliva la legalità del sistema delle commesse pubbliche e produceva una limitazione della capacità contrattuale (dell’operatore economico), con conseguente contrazione della concorrenza e, prima ancora, della libertà d’iniziativa economica²⁴.

Le ricadute di tale sistema sul piano della trasparenza del regime espulsivo erano evidenti, non essendo il legislatore riuscito a soddisfare quel bisogno di certezza relativo alla collocazione (escludente o meno) da assegnare a determinate situazioni e, in modo

21 Sia consentito rinviare ad A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall’art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, 4/2018, p. 209. Più recentemente, *ex multis*, cfr. J. VAVALLI, *Concetti giuridici indeterminati, discrezionalità dell’amministrazione e sindacato giurisdizionale nell’esclusione dalle gare di appalto per gravi illeciti professionali*, in *Nuove autonomie*, 2/2020, p. 777 ss.; F. MANGANARO, M. GERMANÒ, *Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico*, in *Urb. e app.*, 3/2019, p. 301 ss.

22 A.G. PIETROSANTI, *op cit.*, p. 248 ss., ove, con riferimento alla fattispecie dei gravi illeciti professionali disciplinata nel codice del 2016, si è ipotizzato un ritorno al passato in termini di scelte espulsive potenzialmente arbitrarie, poiché basate su una normativa forse troppo generica che riporta gli interpreti ad un’idea di Amministrazione caratterizzata da un meccanismo molto affine a quello realizzatosi prima dell’avvento della Costituzione, *id est* quando il principio di legalità sostanziale non si era ancora affermato nel panorama giuridico e si consentivano esclusioni discrezionalissime. La natura fortemente poliedrica di alcune fattispecie finiva infatti per mettere in discussione i traguardi faticosamente raggiunti proprio sul piano della legalità-tassatività.

23 Ad es., le carenze nell’esecuzione di un precedente contratto.

24 Si era così ipotizzata per i gravi illeciti professionali una sorta di «tipizzazione non tassativa» rimessa ad un «circuito interpretativo a tre corsie (Anac-giurisprudenza-stazioni appaltanti)» A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall’art. 80, comma 5, lettera c) del D.lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. edilizia*, 4/2018, p. 209 ss.

particolare, all'oggetto su cui (in riferimento a tali situazioni) doveva vertere l'onere dichiarativo²⁵.

Né l'incertezza di cause di esclusione spesso indecifrabili sembrava potersi risolvere con il mezzo della regolazione *flessibile* - tanto più se esso si concretizzava attraverso Linee guida ANAC - la cui natura non vincolante consentiva alle stazioni appaltanti di non considerarle. Alla medesima valutazione di inefficacia veniva poi destinato il freno contenitivo della tassatività espressa nell'art 83 co. 8 del d.lgs. 50/2016²⁶, trattandosi di un freno che finiva per allentarsi laddove il legislatore, lungi dal poter prevedere tutte le fattispecie espulsive, rinviava, per la loro costruzione, a concetti giuridici indeterminati che spesso "intrappolavano" il concorrente soprattutto sul piano dell'onere dichiarativo.

In assenza di un perimetro normativo più stringente, non si poteva non auspicare un solerte consolidamento dei confini di alcune ipotesi espulsive (quantomeno) attraverso pronunce giurisprudenziali che mantenessero un legame più solido con il diritto positivo. Solo in tal modo i singoli concorrenti avrebbero potuto conoscere i propri diritti e obblighi, gravando sul legislatore e sulle stazioni appaltanti l'obbligo del *clare loqui*, che non poteva essere "rigirato" - per evidenti ragioni di legalità concorrenziali - sotto forma di gravosi oneri di attenzione, diligenza e prudenza aggiuntiva in capo ai concorrenti²⁷.

2.1. L'impianto espulsivo delle cause automatiche e non automatiche.

Ebbene, il freno imposto dal principio di tassatività - con il correlato regime delle clausole escludenti atipiche - è stato ribadito nell'attuale formulazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023, laddove si legge che «i contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice» (comma 1). A ciò si è aggiunto che «le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito»,

25 A.G. PIETROSANTI, *Grave illecito professionale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, p. 841 ss. La necessità di individuare con precisione e tassatività le fattispecie idonee ad incidere negativamente sulla partecipazione di un concorrente, riducendo con ciò l'arbitrio dell'amministrazione, era stata propugnata dalla dottrina anche con riferimento alla moralità professionale degli imprenditori: cfr. F.G. COCA, *Sul trattamento giuridico della moralità professionale degli imprenditori di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 1999, p. 531. Sui rischi derivanti dall'incertezza del quadro normativo pure in materia di appalti pubblici v. M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, 2018, p. 45 ss.; ID., *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, in *Federalismi.it*, 2018; ID., *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a "Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale"*, *ivi*, n. 11; ID., *"Principi e regole dell'azione amministrativa": riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, 2017; F. FRANCIOSI, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, in *Dir. soc.*, 1/2018, p. 11 ss.; ID., *Certezza del diritto ed operatori economici: note a margine di recenti riforme*, in *Le fonti del diritto amministrativo, Atti del Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Padova, 9-10 ottobre 2015, Napoli, 2016, p. 269 ss. Inoltre, sulla medesima questione, v. le Relazioni e gli Interventi raccolti nel volume *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica, Atti delle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa, Modanella (Siena), 8-9 giugno 2018*, a cura di F. FRANCIOSI e M.A. SANDULLI, Napoli, 2018.

26 Cfr. art. 83 co. 8 secondo cui «I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal codice e da altre disposizioni di legge vigenti», prevedendosi diversamente la nullità delle stesse. V., in tema, Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Id., 16 ottobre 2020, n. 22, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

27 Cons. Stato, sez. III, 7 febbraio 2018 n. 783, in www.giustizia-amministrativa.it.

dovendosi considerare nulle e non apposte le clausole contenenti ipotesi ulteriori di esclusione (comma 2).

Conseguentemente, tutto ciò che si colloca al di fuori dal sistema espulsivo costruito dal codice e in particolare dall'art. 10 cit., in combinato disposto con gli artt. 94 e seguenti, sembra attratto in una sfera di irrilevanza giuridica per il mercato delle commesse pubbliche e, quindi, di libertà dell'operatore economico (che, a sua volta, dovrebbe risultare) intoccabile dal relativo potere espulsivo. Ciò che invece appartiene al predetto regime espulsivo integra di diritto i bandi e le lettere di invito²⁸: sicché la tassatività – nei confronti delle cause di esclusione – può assumere un ruolo che allo stesso tempo può essere *ampliativo* (laddove le integra in caso di difetto) e/o *contenitivo* (laddove le sterilizza per eccesso).

Del resto la giurisprudenza aveva più volte ricordato che «le norme di legge ... che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione, che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione, oltre che dal Trattato dell'Unione Europea»: sotto tale profilo, la tassatività può essere quindi intesa come limite (o meglio come divieto) per la stazione appaltante di introdurre cause di esclusione ulteriori (mediante interpretazioni estensive/analogiche), essendo la “sorte” di tali ulteriori clausole quella della nullità e/o della non apposizione²⁹.

Ciò detto, ci si potrebbe chiedere se e in che termini il principio di tassatività sia coerente con la parte del Codice dedicata alle cause di esclusione e se quest'ultime siano a loro volta conformi ai principi enunciati nella legge delega, nonché nella direttiva comunitaria e nei primi articoli dello stesso Codice.

A tal fine merita anzitutto ricordare che il cennato art. 10 afferisce ai principi di delega³⁰ di cui all'art. 1, comma 2, lett. a) e n) che attribuivano al legislatore:

«a) [il] perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ferma rimanendo l'inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza...;

(...)

28 Nella Relazione del Consiglio di Stato sullo Schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici si legge significativamente che «È necessario, infatti, che i requisiti indicati e previsti dalle norme imperative siano osservati dal concorrente a prescindere da una espressa previsione contenuta nel bando di gara, poiché essi hanno la funzione fondamentale di soddisfare l'interesse pubblico a che le prestazioni siano rese da soggetti adeguatamente qualificati», p. 26.

29 T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV, 6 marzo 2023 n. 3736; Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2022, n. 9415; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 febbraio 2022, n. 1318, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Anche nella Relazione del Consiglio di Stato si ricorda che «Al riguardo, recependo l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria (cfr. n. 22 del 2020), viene specificato che le clausole nulle “si considerano non apposte”, in tal modo chiarendo che trattasi di una nullità parziale limitata alla clausola e che non si estende all'intero atto», p. 26.

30 La legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici (l'approvazione della quale rappresentava uno specifico traguardo del PNRR da conseguire entro il 30 giugno 2022, v. infra), è stata pubblicata nella G.U. n. 146 del 24 giugno 2022. La legge in questione delega il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi relativi alla disciplina dei contratti pubblici, al fine di adeguare la disciplina dei contratti pubblici a quella del diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate.

n) [la] razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE ...».

Inoltre, nella relazione illustrativa, si legge che, «per quanto attiene alla sua struttura logica, la norma si pone in linea con altre codificazioni europee»³¹. E il riferimento è, in particolare, al Code de la commande publique, che prevede nella "Partie législative - Titre Préliminaire" una previsione sostanzialmente equivalente al comma 1 dell'art. 10, per poi distinguere le cause di esclusione in due categorie: le "Exclusions de plein droit" e le "Exclusions à l'appréciation de l'acheteur".

Il nuovo codice prevede infatti diverse cause di esclusione che vengono raggruppate, a seconda dei casi, in due categorie: cause di esclusione non automatiche e cause di esclusione automatiche. In quest'ultima categoria – disciplinata dall'art. 94 – il potere espulsivo è collegato a fatti ed eventi che hanno trovato definizione in sentenze o altri provvedimenti incontrovertibili.

Le cause di esclusione non automatiche – previste dall'art. 95 – sono invece quelle che presuppongono una discrezionalità dell'ente appaltante nella valutazione dei fatti che ne sono a fondamento. Discrezionalità che potrebbe inoltre interessare le valutazioni delle misure di c.d. *self cleaning*³² le quali – in presenza di determinati presupposti indicati dall'art. 96 – consentirebbero all'operatore economico di dimostrare la sua affidabilità o meglio di ricostruire quel patrimonio di credibilità che era stato inciso dalla commissione dei fatti all'origine della causa di esclusione³³.

2.1.1 Il grave illecito professionale alla prova della tipizzazione legislativa di un diritto amministrativo giurisprudenziale-sapienziale.

Tra le cause di esclusione non automatiche, viene riprodotto l'illecito professionale grave, tale da rendere dubbia l'integrità e affidabilità del concorrente, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati (art. 95, comma 1, lettera e).

A differenza del vecchio codice, il legislatore ha deciso di dedicare a tale causa di esclusione una specifica disciplina, contenuta all'articolo 98, dove (per espressa previsione) sono elencati in maniera tassativa i casi di grave illecito professionale e i mezzi adeguati per dimostrarli³⁴.

La novità maggiormente rilevante, per quanto qui interessa, è contenuta nei commi 3 e 6 del medesimo art. 98, secondo cui gli elementi che possono dar luogo al grave illecito professionale, e i mezzi idonei a comprovare tali elementi, sono indicati in maniera tassativa³⁵. Di conseguenza, non vi sarebbe più spazio – come accaduto in passato – per una

31 Relazione del Consiglio di Stato, p. 26.

32 Sulla natura discrezionale della valutazione ante riforma v. Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2022, n. 4363, in www.giustizia-amministrativa.it.

33 Per una recente applicazione del rimedio del *self cleaning*, anche per eventi verificatisi nel corso della procedura dopo la presentazione delle offerte cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 febbraio 2023, n. 1700, in www.giustizia-amministrativa.it.

34 In particolare, quelle che (nel codice precedente) erano cause di esclusione autonome sono state ricondotte nell'ambito della nozione generale di illecito professionale grave, di cui ora costituiscono uno dei possibili elementi tali da far venir meno l'affidabilità e integrità dell'operatore.

35 Alcune delle situazioni elencate al comma 3 quali indici sintomatici dell'illecito professionale grave, di seguito riportate unitamente ai relativi mezzi di prova, erano già presenti nel regime previgente. Vi sono poi ulteriori situazioni idonee a configurare l'illecito professionale grave che rappresentano delle novità. In primo

nozione generica di grave illecito professionale. La tassatività, in quest'ottica, sembrerebbe riuscita a dominare la fattispecie espulsiva *de qua*, ponendosi al suo cospetto come una "valvola di chiusura" capace di contenere, non senza difficoltà, sia i gravi illeciti professionali, sia i mezzi di prova e i relativi oneri di comunicazione.

Bisognerà però verificare se le ipotesi tassative di grave illecito professionale e i correlati mezzi di prova siano stati disegnati con adeguato livello di determinatezza, potendo a loro volta incidere (ove costruite con concetti indeterminati) sulla tenuta stessa della necessaria legalità-tassatività. Non si può infatti trascurare l'importanza interpretativa desumibile dall'art. 4 quale disposizione che sembra riconoscere, nei principi evocati negli artt. 1, 2 e 3 del d.lgs. n. 36/2023, un valore di *super principi* (tra cui non a caso quello di legalità) su cui basare l'interpretazione e applicazione di tutte le disposizioni del codice, ivi incluse quelle poc'anzi richiamate *sub artt.* 10, 94, 95 e 98.

Parimenti occorrerà analizzare la coerenza del sistema delle comunicazioni che è stato eretto su tre livelli di rilevanza: da quello (*più basso*) che può incidere solo sulla gravità dell'illecito professionale³⁶, a quello (*intermedio*) idoneo a configurare una causa di esclusione non automatica (ovvero un tipo di grave illecito professionale)³⁷ a quello (*più elevato*) capace di rilevare come causa di esclusione automatica³⁸. Si tratta invero di livelli non facilmente distinguibili e che potrebbero dare luogo a sovrapposizioni³⁹ poco rispettose dal punto di vista della concorrenza e della legalità.

Sotto altro profilo, andrebbe poi verificato se il livello di tassatività raggiunto dalla disciplina in tema di gravi illeciti professionali sia compatibile con la direttiva comunitaria: anzitutto per capire se il suddetto modello "chiuso" del grave illecito professionale sia rispettoso del carattere apparentemente "aperto" riservato a livello europeo alla medesima causa di esclusione; in secondo luogo, per verificare se alcuni mezzi di prova indicati dal legislatore nazionale, ai fini della configurabilità di un grave illecito professionale, siano coerenti con quanto prescritto a livello sovranazionale circa la natura definitiva o meno degli stessi.

luogo vi è l'irrogazione di una sanzione esecutiva da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore che assuma rilevanza rispetto all'oggetto specifico dell'appalto (lettera a). In questo caso il mezzo di prova è in sé, nel senso che è costituito dall'emanazione del relativo provvedimento esecutivo (comma 6, lettera a).

36 In caso di omissione o non veridicità della comunicazione in merito alla sussistenza di fatti e provvedimenti che possono costituire causa di esclusione.

37 In caso di presentazione di informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, selezione e aggiudicazione.

38 A fronte di false dichiarazioni o falsa documentazione a seguito della valutazione dell'ANAC che ne dispone l'iscrizione nel casellario informatico.

39 Critico rispetto al regime delle comunicazioni previsto dal codice è F.F. GUZZI, *Il regime delle esclusioni non automatiche alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *AmbienteDiritto.it*, 2, 2023, il quale ravvisa un rischio di sovrapposizioni e incertezze tra le varie ipotesi. In particolare l'Autore rileva che «La valenza dell'omissione informativa è dunque lasciata all'amministrazione la quale, potrà decidere se la stessa possa assumere un rilievo tale da configurarsi come grave e supportare la configurazione di illecito professionale. Lo spazio di autonomia valutativa è ampio, di conseguenza non sarà facile determinarne gli esiti. Il punto è che anche l'omissione può avere attitudine decettiva, di conseguenza, oltre a rilevare ai fini della valutazione di gravità può altresì essere presa in considerazione come causa di esclusione autonoma; siamo dinanzi ad una sovrapposizione che la norma non risolve. La condotta decettiva, in sostanza, non può ricondursi solo all'aver fornito un'informazione falsa, posto che l'omissione può essere equiparata ad una condotta (condotta commissiva mediante omissione)».

Quanto al primo profilo, la suddetta opera di tipizzazione potrebbe stridere con il diritto europeo laddove quest'ultimo non permette espulsioni automatiche per i motivi di esclusione c.d. facoltativi come quello dei gravi illeciti professionali⁴⁰. Tali motivi, infatti, possono essere recepiti dal legislatore nazionale a patto che ne vengano rispettati gli elementi essenziali con i quali sono stati disegnati a livello europeo e garantendo che la valutazione circa l'esclusione o meno del concorrente spetti solo all'amministrazione aggiudicatrice⁴¹. Di conseguenza, come emerso in dottrina, potrebbe ravvisarsi qualche criticità proprio sul punto della delega che attribuiva al legislatore di individuare *..le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE ...*⁴².

Il secondo profilo di criticità con la direttiva potrebbe ravvisarsi nella parte in cui il legislatore nazionale richiama mezzi di prova non definitivi per la configurabilità di un grave illecito professionale (art. 98 co. 6). Si pensi (come mezzo di prova sufficiente a dimostrare il grave illecito professionale) alla richiesta di rinvio a giudizio (ex art. 407 bis co. 1 c.p.p.) per taluno dei reati (consumati o tentati) di cui all'art. 94 co. 1; reati che, ove accertati con sentenza di condanna, darebbero invece luogo ad una causa di esclusione automatica.

Ebbene, senza voler entrare nel merito della riforma del processo penale, che sembra aver rafforzato le condizioni per l'esercizio dell'azione penale (non più rimessa alla mera sussistenza di elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio, ma a una ragionevole previsione di condanna), l'asserita criticità (di alcuni mezzi di prova non definitivi per dimostrare un grave illecito professionale) potrebbe essere superata tenendo presente che, per il legislatore europeo, l'accertamento definitivo di alcuni reati serve per determinare l'esclusione dell'operatore economico (art. 57, co. 1), mentre, per configurare un grave illecito professionale non viene data alcuna indicazione specifica (ossia in merito alla definitività o meno) dei mezzi di prova idonei a dimostrarli, limitandosi (la direttiva) a stabilire che essi devono essere adeguati (direttiva 2014/24, art. 57, co. 4, lettera c).

Potrebbe quindi scartarsi – almeno a prima lettura – l'ipotesi di una incompatibilità tra la norma nazionale e la direttiva comunitaria, poiché l'illecito professionale grave rappresenta una causa di esclusione non automatica, laddove invece l'accertamento dei reati *de quibus*, con la richiesta sentenza definitiva, riguarda casi di esclusione automatica⁴³.

40 Corte Giust. UE, 3 giugno 2021, C-210/2020, punto 45 per la quale la disciplina europea dei motivi di esclusione facoltativi deve essere interpretata nel senso che essa «osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico».

41 Corte Giust. UE, 19 giugno 2019, C-41/18; in termini Cons. Stato, sez. III, 2 agosto 2021 n. 5659, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «tale interpretazione è peraltro l'unica conforme al diritto europeo. Secondo le ripetute indicazioni della Corte di Giustizia, il potere della stazione appaltante non può essere limitato da preclusioni poste dal diritto nazionale, ma si deve basare sull'accertamento in concreto dei fatti, rimesso esclusivamente al vaglio della stazione appaltante medesima».

42 In tal senso G. FIDONE, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, p. 779 ss., secondo cui «il potere attribuito alle singole stazioni appaltanti non appare comprimibile da parte del Legislatore interno con disposizioni che creino automatismi di esclusione o casistiche tassative dei gravi illeciti». L'Autore poi aggiunge che «la disciplina europea dovrebbe essere interpretata nel senso di impedire perfino che il Legislatore interno possa creare filtri e impedimenti, procedurali o sostanziali, all'esercizio del potere valutativo spettante alle stazioni appaltanti».

43 Inoltre, merita all'uopo ricordare che, secondo il medesimo legislatore europeo, «...le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di

Insomma, quanto tale disciplina riuscirà a eliminare i molteplici problemi interpretativi e i continui contenziosi originati da quella precedente è ancora presto per dirlo. Certo è che, come accaduto in passato, la motivazione del provvedimento espulsivo assumerà una rilevanza dirimente per la configurazione delle fattispecie di illeciti professionali, mentre l'onere comunicativo (per essere completo) riguarderà anche le richieste di rinvio a giudizio ed altre misure non definitive⁴⁴.

Il fatto che l'esclusione non operi in maniera automatica e debba essere sorretta da un confronto costruttivo da veicolare in un'adeguata motivazione⁴⁵ dimostra lo sforzo del legislatore di cercare un punto di equilibrio tra quanto richiesto a livello europeo e quanto emerso *medio tempore* nel panorama della casistica giurisprudenziale.

Ciononostante, l'esigenza di razionalizzare e semplificare le cause di esclusione per rendere le regole di partecipazione chiare e certe sembra essersi abbandonata – soprattutto per la fattispecie del grave illecito professionale – ad una complessa tipizzazione che consegna il sistema dell'accesso o meno alle commesse pubbliche al circuito di un diritto amministrativo *giurisprudenziale-sapientiale*. Un diritto, cioè, che dapprima esprime la sua reale portata tramite la casistica giurisprudenziale e, poi, mediante l'attività di *sapienti iuris periti*, trae dalla realtà di detta casistica l'insieme dei principi giuridici che a loro volta (ri)vivono (sotto un profilo sostanzialmente genetico) al di fuori del diritto che (prendendo a prestito le parole usate dalla dottrina togata) «viene dal sovrano»⁴⁶. Lo sforzo di trarre dalla realtà dei casi singoli l'insieme dei principi giuridici del diritto dei contratti pubblici (che a quanto pare viene regolato mediante particolari interventi legislativi) pone interrogativi di più ampio respiro rispetto ai limiti del presente contributo⁴⁷ anche in chiave di certezza del diritto⁴⁸.

Da questo punto di vista, il tentativo di recuperare una sorta di fiducia degli operatori economici in una legalità (formale) che punta alla tassatività delle cause di esclusione viene

esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi...» (considerando 101).

44 In termini, Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2019 n. 8711; T.A.R. Toscana, sez. I, 7 febbraio 2020 n. 180; T.A.R. Piemonte, sez. I, 23 agosto 2019 n. 959; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 3 giugno 2020 n. 632, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

45 F. F. GUZZI, *Il regime delle esclusioni non automatiche alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Ambientediritto.it*, 2, 2023, afferma che «L'obbligo di motivazione, responsabilizza le stazioni appaltanti nel rendere edotto l'operatore economico, nel modo più esaustivo e chiaro possibile, dell'iter logico, giuridico e fattuale alla base del meccanismo espulsivo».

46 L'espressione è ripresa dal titolo di un articolo scritto da E. SCODITTI, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, in *Quest. Giust.*, 4/2016 (numero monografico sul tema *Il giudice e la legge*).

47 Su tali profili cfr. U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Rivista di Filosofia*, 78/1987, p. 3 ss.; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999. Con riferimento alla codificazione per principi cui si è ispirato il d.lgs. n. 36/2023 cfr., invece, M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 49 ss.

48 G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 517 ss., il quale rileva che sicuramente non è possibile bramare un ritorno alla certezza «illuministica» che fondava la sua fortuna sulla chiarezza e razionalità delle leggi. Quel legislatore, oggi, come ricorda la dottrina, «è completamente uscito di scena, se mai è davvero esistito»; tuttavia, secondo la medesima dottrina, «... non si può affermare che la certezza del diritto non faccia comunque parte dei valori incorporati nella struttura normativa dello Stato costituzionale», sicché «... la cultura giuridica del costituzionalismo contemporaneo può certamente dotarsi di alcuni anticorpi in chiave di certezza del diritto, anche per evitare che lo Stato costituzionale, esasperando alcune sue dinamiche interne, finisca per fagocitare le sue stesse conquiste (in termini di diritti, libertà, eguaglianza, ecc.)».

soffocato dalla complessità di alcuni aspetti del potere espulsivo che, anche con questa nuova codificazione, non consente di pensare alla determinatezza e chiarezza cui aspira il modello illuministico-liberale come a un qualcosa di concretamente realizzabile, potendo alcune fattispecie, per quanto tipizzate, prendere delle derive irrazionalistiche tali da mettere in discussione il principio stesso di legalità (sostanziale).

Si tratterà allora di valorizzare ancora una volta la motivazione dei provvedimenti espulsivi (e in particolare la motivazione sulla gravità degli illeciti professionali) in una logica di legalità proconcorrenziale e quindi in modo tale da ottimizzare il profilo dell'*ignorantia legis* che potrebbe derivare da incastri legislativi basati su formule indeterminate o comunque troppo complesse per essere "digerite" in maniera rapida e consapevole. Del resto, senza entrare nelle peculiarità dell'errore scusabile, può osservarsi come nel processo amministrativo detto errore abbia raggiunto una portata abbastanza generale, che è potenzialmente in grado di rifarsi a un'ampia gamma di situazioni da cui deriva una condizione di "incertezza del diritto".

Solo in tal modo si potranno tracciare i sentieri di una legalità del mercato delle commesse pubbliche il cui regime espulsivo sia ispirato ad un'idea di rapporto amministrativo (proiettato a un risultato) che tenga in debita considerazione non solo il principio della tassatività-tipicità delle cause di esclusione, ma anche e prima ancora quello della tassatività-determinatezza delle stesse in un'ottica di *reciproca* buona fede, fiducia e leale collaborazione tra stazioni appaltanti e aspiranti appaltatori.

2.2. Il soccorso istruttorio.

Proprio in quest'orizzonte ermeneutico merita brevemente soffermarsi sull'istituto del soccorso istruttorio che permette di (ri)ancorare il discorso al principio della massima partecipazione. È invero nella prospettiva della massima partecipazione, e allo stesso tempo del rispetto della *par condicio*, che il nuovo Codice cerca di prendere le distanze da un eccessivo formalismo che potrebbe pregiudicare la qualità dell'offerta e il pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito.

In quest'ottica la giurisprudenza aveva spinto il diritto delle commesse pubbliche verso una maggiore apertura al principio di massima partecipazione rispetto a quello di *par condicio*, nella misura in cui estende l'ambito di applicazione del soccorso istruttorio, nonché sancisce l'illegittimità di qualsiasi forma di esclusione per ragioni puramente formali⁴⁹. Apertura che però andava e andrà ponderata attentamente per evitare una frizione troppo forte tra il principio del *favor participationis*, utile a consentire una effettiva e ampia competizione, e il rispetto del principio di *par condicio* tra gli operatori economici⁵⁰.

A tal fine il legislatore ha dedicato al soccorso istruttorio una disciplina *ad hoc* nell'art. 101 ove ha anche incanalato ipotesi tipiche di tale soccorso. In particolare – ma senza voler entrare nelle singole situazioni disciplinate nell'art. 101 – è opportuno rilevare che, diversamente da quanto previsto nel d.lgs. 50/2016, il nuovo codice ha previsto non solo la fattispecie del soccorso integrativo della documentazione amministrativa prodotta all'atto

49 Cfr. *supra* nota 16.

50 E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 3/2018, p. 641; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 251.

della partecipazione, ma anche la fattispecie del soccorso istruttorio specificativo di cui all'art. 6 della legge 241/90⁵¹.

Oltre a ciò, si è stabilita la possibilità per l'operatore economico di richiedere, in caso di errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o economica, la rettifica di tale errore di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione (art. 101 co. 4)⁵²; rettifica che ovviamente non potrà concretizzarsi in una modifica sostanziale dell'offerta stessa.

Anche in relazione all'istituto del soccorso istruttorio nelle sue varie declinazioni espresse nell'art. 101, il legislatore ha quindi mostrato una certa propensione alla *giurisprudenzializzazione-sapientziale* dell'istituto in questione mediante l'inserimento dei vari *tipi* maturati nella casistica. Ciò non ha però eliminato valutazioni che dovranno essere prese dalle stazioni appaltanti proprio al fine di evitare, da un lato, eccessivi formalismi contrari ad una corretta e ampia competizione e, dall'altro, violazioni della *par condicio*.

3. I criteri di attinenza e proporzionalità all'oggetto del contratto nella individuazione dei requisiti speciali di partecipazione.

La *ratio* della attribuzione alle stazioni appaltanti del potere/dovere di individuare per ciascun appalto specifici requisiti speciali di partecipazione riposa, evidentemente, nella primaria esigenza di selezionare *ex ante* gli operatori economici in grado di soddisfare l'interesse pubblico sotteso alla procedura di gara. Ciò conferma quanto si è in precedenza osservato circa la perdurante centralità del principio del buon andamento nel settore dei contratti pubblici, inteso come esigenza della p.a. di disporre di offerte idonee, adeguate e pienamente rispondenti ai bisogni della collettività⁵³. Purtroppo, tale prospettiva finisce

51 Sulla distinzione tra soccorso integrativo e specificativo si veda Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2022 n. 7353, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In proposito, il Collegio ricorda come alla stazione appaltante «sia certamente precluso di sollecitare integrazioni in ordine ad ambigue formulazioni della proposta negoziale (attività che si risolverebbe in forme anomale di dialogo, idonee ad alterare il canone di rigorosa parità di condizione fra i concorrenti)», ma precisa che non è altresì vietata la possibilità di sollecitare meri chiarimenti o illustrazioni sui tratti dell'offerta tecnica, qualora sia ritenuto opportuno nell'ipotesi di proposte connotate di particolare complessità. Al riguardo, il Consiglio di Stato aggiunge che pur dovendosi ritenere sempre ammesso il soccorso specificativo, rimane certamente «fermo il divieto di integrazione dell'offerta» che va ben oltre la mera attività di precisazione finalizzata «a consentire l'interpretazione delle offerte e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte».

52 Nella Relazione del Consiglio di Stato si legge che «La richiesta di rettifica deve essere avanzata con le stesse modalità previste per la presentazione della domanda e può avvenire – questa è l'altro elemento di novità – anche oltre il termine per la presentazione dell'offerta. Tendenzialmente la possibilità dell'operatore economico di emendare l'errore materiale costituisce una previsione omologa e corrispondente alle ipotesi in cui è ammissibile la sanatoria di cui al comma 1, lett. b). Una simile possibilità concessa all'operatore economico non sembra creare particolari problemi di trasparenza, né impone particolari oneri all'amministrazione appaltante di rendere edotti gli altri concorrenti, dal momento che questi ultimi potranno esercitare le loro facoltà di accesso alle offerte e agli altri atti di gara. Resta fermo che la rettifica va chiesta in busta chiusa, con indicazione riportata sulla stessa che si tratta di rettifica, e va aperta insieme all'offerta».

53 «La compresenza della duplice esigenza volta alla tutela della concorrenza tra le imprese ed al buon uso del denaro della collettività è stata chiaramente delineata dalla giurisprudenza europea la quale, nel dichiarare che uno degli obiettivi della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile e che è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la più ampia partecipazione possibile di offerenti ad una gara d'appalto, ha aggiunto che siffatta apertura alla concorrenza è prevista non soltanto con riguardo all'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, ma anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice che disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 26 gennaio 2017, n. 1345, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

inevitabilmente per comportare una restrizione del mercato e, di conseguenza, una deroga al generale principio della concorrenza ed al suo elemento cardine, rappresentato proprio dal principio di massima partecipazione⁵⁴.

Ciò posto, il legislatore (comunitario e nazionale) si è da sempre preoccupato di individuare parametri chiari e appropriati in grado di orientare la discrezionalità della stazione appaltante nella “customizzazione” del bando, ovvero nella redazione dello stesso attraverso l’indicazione di requisiti speciali di partecipazione in grado di selezionare il contraente “giusto”⁵⁵, senza però finire per escludere ingiustificatamente e indebitamente operatori economici potenzialmente idonei a soddisfare le prestazioni oggetto del contratto. In tale ottica, la disciplina che regola le modalità di individuazione dei requisiti speciali di capacità professionale, economica e tecnica si pone in termini strumentali rispetto al fine di bilanciare le contrapposte esigenze di consentire ai soli soggetti idonei ed affidabili l’accesso alla gara⁵⁶, da un lato, e di garantire la più ampia partecipazione alla medesima procedura, dall’altro⁵⁷.

Come noto, i requisiti speciali attengono a tre profili, tutti a carattere “soggettivo”, ovvero non concernenti la qualità dell’offerta (elemento oggettivo) bensì l’affidabilità, la professionalità e la capacità imprenditoriale dell’operatore economico⁵⁸. Si tratta dei requisiti di: a) idoneità professionale, volti a verificare la corrispondenza dell’attività svolta dall’operatore economico rispetto alla prestazione oggetto del contratto⁵⁹; b) economico-finanziari, inerenti la valutazione circa la solidità economica del soggetto e la sua capacità di affrontare finanziariamente l’esecuzione della prestazione⁶⁰; c) tecnico-organizzativi, la cui finalità è accertarsi che le risorse umane, tecniche e strutturali dell’operatore economico siano

54 Riconduce la funzione della selezione degli operatori economici mediante l’individuazione dei requisiti speciali di partecipazione alla materia della tutela della concorrenza (come limite alla stessa) e, di conseguenza, ne fa derivare la competenza esclusiva statale, Corte cost., 22 maggio 2009, n. 160, in *Giur. cost.*, 3/2009, p. 1793. Più di recente, la stessa Corte costituzionale ha sancito l’illegittimità costituzionale – per violazione della competenza esclusiva statale in materia tutela della concorrenza – di alcune disposizioni della L.P. Bolzano n. 3/2020, laddove introducevano criteri valutativi differenti rispetto a quelli indicati nel Codice dei contratti pubblici (cfr. Corte cost., 28 gennaio 2022, n. 23, in *Giur. cost.*, 1/2022, p. 310).

55 La stazione appaltante, invero, è tenuta a tenere in considerazione il principio della massima partecipazione sin dalla determinazione dell’oggetto dell’appalto: «Fermo restando che la Stazione Appaltante gode di ampia discrezionalità nella scelta delle prestazioni oggetto dell’appalto, in relazione alle esigenze che il contratto deve soddisfare, nondimeno l’esercizio della discrezionalità non può trasmodare in una ingiustificata restrizione della concorrenza» (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 23 aprile 2018, n. 132, in *Foro amm.*, 4/2018, p. 694).

56 In merito al parametro dell’affidabilità, la giurisprudenza ha da tempo chiarito che l’operatore economico deve essere in possesso dei requisiti richiesti al momento della scadenza del termine per la presentazione dell’offerta (Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8, in *Foro amm.*, 7-8/2015, p. 1903); nonché che i suddetti requisiti permangano sino alla stipula del contratto (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 7 ottobre 2022, n. 6203, in *Foro amm.*, 10/2022, p. 1356; Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2011, n. 4225, in *Foro amm. CDS*, 7-8/2011, p. 2357).

57 F. FRANCIOSI, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, cit., p. 955.

58 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 marzo 2019, n. 6, in *Riv. giur. edilizia*, 3/2019, p. 680.

59 L’art. 100 del d.lgs. n. 36/2023 conferma l’assetto precedente, disponendo che le stazioni appaltanti richiedono l’iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l’artigianato o presso i competenti ordini professionali.

60 In merito ai requisiti economico-finanziari, il co. 11 dell’art. 100 del d.lgs. n. 36/2023 conferma il riferimento già presente nell’art. 83, co. 5 del d.lgs. n. 50/2016, ovvero la possibilità di richiedere all’operatore economico di dimostrare un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell’appalto. La sola differenza registrabile è che in precedenza l’all. XVII del d.lgs. n. 50/2016 indicava che la dimostrazione del fatturato globale potesse riguardare “al massimo” gli ultimi tre esercizi, laddove, al contrario, il nuovo Codice indica il triennio precedente a quello di indicazione della procedura di gara quale periodo standard di riferimento.

atte a consentirgli di eseguire la prestazione in maniera corretta e secondo determinati standard di qualità⁶¹.

Non è questa, evidentemente la sede per esaminare approfonditamente i diversi profili attinenti la natura dei requisiti e le modalità attraverso cui essi devono essere dimostrati; né tantomeno è possibile soffermarsi sulla differente disciplina (confermata, almeno in via transitoria, dal nuovo Codice) tra il settore degli appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro – per i quali opera un sistema di qualificazione basato su attestazioni rilasciate da soggetti privati accreditati⁶² – ed i settori degli appalti di servizi e forniture (nonché dei lavori sotto soglia), in ordine ai quali la gestione della fase della qualificazione degli operatori economici è ancora affidata alle singole stazioni appaltanti, mediante l'individuazione e il controllo dei requisiti⁶³.

Per quanto più specificamente concerne lo scopo dell'indagine del presente scritto, ovvero la relazione tra la definizione dei requisiti speciali ed il rispetto del principio di massima partecipazione, assumono piuttosto rilievo i criteri che la stazione appaltante è tenuta ad utilizzare nella individuazione dei suddetti requisiti speciali, criteri in merito ai quali l'art. 10 del nuovo Codice non ha una specifica portata innovativa. Già l'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, infatti, contemplava espressamente – quali parametri di riferimento per la verifica della legittimità dei requisiti speciali indicati nel bando di gara – l'attinenza e la proporzionalità all'oggetto dell'appalto⁶⁴, parametri del resto ribaditi oggi anche nell'art. 100, co.2, del d.lgs. n. 36/2023 (*Requisiti speciali*). Anche la riconduzione dei suddetti parametri al principio di massima partecipazione era in qualche modo già presente nella precedente disposizione, laddove statuiva l'obbligo di tener presente «l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti».

A ben vedere, invero, è possibile effettuare una distinzione proprio in ordine alla diversa *ratio* dei due citati parametri. Il criterio della proporzionalità⁶⁵, infatti, risponde chiaramente

61 L'art. 100, co. 11 del d.lgs. n. 36/2023 dispone che le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati. La precedente disciplina, contenuta nell'all. XVII del d.lgs. n. 50/2016 individuava al contrario il periodo di riferimento nell'ultimo quinquennio.

62 L'attuale disciplina della qualificazione nel settore dei lavori è rinvenibile nell'all. II.12 del d.lgs. n. 36/2023 (*Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori*), destinato ad essere abrogato da un corrispondente Regolamento ministeriale che l'art. 100, co. 4 del d.lgs. n. 36/2023 affida al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC.

63 Ai sensi dell'art. 100, co. 10, del d.lgs. n. 36/2023, anche i settori degli appalti servizi e forniture sono destinati a transitare verso un sistema di qualificazione *ex ante* degli operatori economici, analogo a quello già operante nel settore dei lavori. Tale disciplina sarà introdotta ad opera del regolamento ministeriale previsto dal co. 4 del medesimo art. 100. Nella Relazione del Consiglio di Stato sullo Schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici, viene sottolineata la *ratio* della scelta di disciplinare anche la qualificazione degli operatori economici per gli appalti di forniture e servizi «così da allineare la disciplina della qualificazione per gli appalti di servizi e forniture a quella degli appalti di lavori, così dando vita ad un sistema tendenzialmente unitario in funzione di semplificazione sia per quanto riguarda la partecipazione alla gara da parte degli operatori economici, sia per quanto riguarda il controllo da parte delle stazioni appaltante», p. 152.

64 Cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2020, n. 2004, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2/2021, 290; Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2020, n. 1484, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 8 febbraio 2017, n. 2115, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2012, n. 5009, in *Foro amm. CDS*, 9/2012, p. 2340.

65 Sul principio di proporzionalità quale parametro di orientamento e valutazione dell'esercizio della pubblica funzione v., *ex multis*, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; F.

all'esigenza di garantire la concorrenza, al fine di non consentire l'ingiustificata esclusione di alcun operatore economico potenzialmente idoneo, attraverso l'indicazione di requisiti che vanno ben oltre le effettive esigenze prestazionali. Pertanto, è possibile riferirsi, al riguardo, al principio di *favor participationis*, ovvero all'ottica che abbiamo definito "micro", legata all'interesse della singola impresa di essere messa nelle condizioni di accedere a quel segmento di mercato, perché chiamata a dimostrare il possesso di requisiti congruenti rispetto a quanto strettamente necessario al raggiungimento dello scopo⁶⁶. In tale prospettiva, è di immediata evidenza il legame tra il criterio della proporzionalità e il principio di buona fede, introdotto con l'art. 5 del d.lgs. n. 36/2023, ai sensi del quale nell'ambito del procedimento di gara sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede. Un rinvio, in altri termini, a quella *fairness* contrattuale che impone alla stazione appaltante di operare, sin dalla redazione della *lex specialis*, nel rispetto di un principio di correttezza tale da non determinare esclusioni aprioristiche e ingiustificate⁶⁷.

In tale contesto, la giurisprudenza ha sottolineato l'esigenza che i requisiti di partecipazione non solo siano formulati in maniera chiara, ma abbiano anche carattere oggettivo e non discriminatorio⁶⁸. Di conseguenza, ad esempio, viene sancito il divieto della c.d. "clausola di territorialità", ovvero l'illegittimità della richiesta della dimostrazione di avere una sede operativa nel luogo ove deve essere eseguita la prestazione quale requisito di partecipazione⁶⁹, essendo tale elemento al più valutabile unicamente in fase di aggiudicazione, quale presupposto per la stipula del contratto⁷⁰.

Al contrario, il parametro della attinenza – pur non essendo privo di una portata pro-concorrenziale – appare maggiormente legato al principio di massima partecipazione osservato dal lato dell'amministrazione: i requisiti speciali devono essere attinenti all'oggetto del contratto non solo (e non tanto) per non escludere alcun operatore se non quelli effettivamente non in grado di offrire una prestazione adeguata, quanto piuttosto per far sì che sia garantito l'interesse pubblico alla selezione del miglior contraente possibile.

TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2016, p. 361 ss. Con specifico riferimento alla portata applicativa del parametro della proporzionalità nelle gare pubbliche v. S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, cit., p. 332-336.

66 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2021, n. 7597, in www.giustizia-amministrativa.it. È stato, ad esempio, definito «esorbitante e sproporzionato rispetto al servizio dedotto in appalto» il requisito della idoneità a produrre varietà vegetali in relazione ad un affidamento che concerneva la sola sistemazione/manutenzione del verde pubblico (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 8 novembre 2017, n. 11116, in www.giustizia-amministrativa.it).

67 E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., p. 646. G. MARCHIANÒ, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1/2016, p. 1 ss. parla di «amministrazione indirizzata dal criterio di efficienza dell'azione pubblica il che presuppone modelli amministrativi di tipo funzionale e non burocratico».

68 Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 9 luglio 2018, n. 4541, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2003, n. 5684, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 177.

69 Cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 21 giugno 2018, n. 673 in www.giustizia-amministrativa.it. In passato non sono mancati arresti giurisprudenziali in senso parzialmente difforme, laddove si è ritenuta legittima la previsione di requisiti legati ad elementi di localizzazione territoriale, in quanto attinenti motivate esigenze organizzative e di esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377, in *Foro amm. CDS*, 9/2006, p. 2508).

70 «La clausola di territorialità che impone agli operatori economici di possedere una sede operativa in un dato ambito territoriale, quale requisito di partecipazione alla gara e non come modalità di esecuzione del contratto, è illegittima per violazione dei principi di libera concorrenza, massima partecipazione e parità di trattamento» (Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2019, n. 3147, in *Foro amm.*, 9/2019, p. 1461 ss. con nota di A. COIANTE, *Le clausole di territorialità nelle procedure di gara tra tutela della concorrenza e discrezionalità amministrativa*).

L'attinenza, in altri termini, è espressione del principio di massima partecipazione inteso in funzione del buon andamento (ottica "macro"). Tale prospettiva, del resto, è pienamente coerente con la recente valorizzazione della dimensione dialogica all'interno delle procedure di gara: lo spirito delle direttive del 2014 era evidentemente volto, tra l'altro, a consentire il superamento di un modello di selezione del contraente nel quale forme e procedure rigide comportassero scelte automatiche e spesso non soddisfacenti, a favore di moduli procedimentali capaci di adattarsi alle esigenze del caso, al fine di garantire quelle esigenze specifiche che di volta in volta spingono la stazione appaltante a rivolgersi al mercato⁷¹.

Ciò premesso, appare evidente come la formulazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023 – nel confermare i (soli) parametri della attinenza e della proporzionalità – nulla muti in ordine a quanto già da tempo sottolineato da dottrina e giurisprudenza circa l'ampia discrezionalità che connota il potere delle stazioni appaltanti nella individuazione dei criteri di selezione dei contraenti⁷², per lo meno per quanto attiene agli appalti di servizi, forniture e lavori sotto soglia, dovendosi al contrario escludere – nelle procedure di gara aventi ad oggetto lavori sopra soglia – la possibilità di chiedere ai concorrenti requisiti ulteriori rispetto all'attestazione di qualificazione⁷³. Ciò comporta, in primo luogo, che per evidenti ragioni di trasparenza, imparzialità e – con il nuovo Codice, buona fede – tutti i requisiti di partecipazione vengano predeterminati in maniera chiara e non suscettibile di plurime interpretazioni all'interno della *lex specialis*⁷⁴.

Sul punto occorre, invero, effettuare una prima distinzione tra la possibilità di richiedere requisiti di natura diversa da quelli individuati dal Codice, da un lato, ed il concreto dimensionamento dei requisiti speciali normativamente indicati, dall'altro. In ordine al primo profilo, l'art. 83, co. 8 del d.lgs. n. 50/2016 conteneva un esplicito divieto di inserimento nel bando o nella lettera di invito di prescrizioni ulteriori rispetto a quelle previste dal Codice o da altre disposizioni di settore, specificando che tali prescrizioni ultronee «sono comunque nulle». L'art. 100, co. 12 del nuovo Codice conferma, di fatto, l'assetto precedente, pur adoperando una formula differente, non concepita in chiave di divieto, bensì di imposizione («le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dal presente articolo»). Si segnala, tuttavia, come la disposizione attuale risulti priva della espressa sanzione della nullità delle eventuali prescrizioni contenenti requisiti di natura differente rispetto a quelli normativamente indicati, il che è

71 F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016.

72 Cfr. T.A.R. Liguria, sez. I, 10 giugno 2022, n. 453, in www.giustizia-amministrativa.it.

73 Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14, in www.giustizia-amministrativa.it e, da ultimo, la Delibera Anac n. 140 del 4 aprile 2023, con la quale si afferma la non conformità alla normativa di una procedura di gara a causa della illegittima richiesta di requisiti economico finanziari ulteriori rispetto all'attestazione SOA. Sul punto F. FRANCIOSI, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, cit., p. 969, osserva come «non avrebbe del resto senso la costruzione di un sistema unico di qualificazione se le stazioni appaltanti avessero il potere di discostarsi da esso, compromettendo peraltro l'affidamento fatto dalle imprese sulla possibilità di operare nel mercato degli appalti pubblici per le tipologie e gli importi di lavori per i quali si è stati previamente abilitati e, più in generale, il principio della certezza del diritto». In generale sul sistema di qualificazione nel settore degli appalti di lavori v. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2021, p. 154 ss.; G. IOANNIDES, *La selezione delle offerte*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, p. 644 ss.

74 Cfr. T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 8 agosto 2022, n. 151, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 10 luglio 2017, n. 3701, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 12 giugno 1992, n. 481, in *Foro amm.*, 1992, 1402. Sul divieto di eterointegrazione del bando di gara in ipotesi di sopravvenienza di una norma nel corso della procedura concorsuale v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 26 settembre 2017, n. 9921, in *Giur. it.*, 2018, p. 173, con nota di E. BOSCOLO, *Il divieto di eterointegrazione del bando: certezza e stabilità della lex specialis*.

destinato a rendere probabilmente ancora più incerta la prassi applicativa, se solo si considera che – del tutto inspiegabilmente – nonostante la chiara *littera legis* dell’art. 83 cit., l’ANAC, nel Bando tipo n. 1, prevedeva che «Le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti, qualora questi siano proporzionati, ragionevoli oltre che pertinenti e logicamente connessi all’oggetto dell’appalto e allo scopo perseguito»⁷⁵.

Del tutto differente è invece il discorso che deve essere condotto in merito al margine di discrezionalità da riconoscere alle stazioni appaltanti nella individuazione della concreta “misura” del requisito speciale, prescelto tra quelli indicati dalla norma. Obiettivi di efficienza, efficacia (e, oggi, risultato) non solo consentono, ma addirittura impongono all’amministrazione di dimensionare in modo adeguato le tre tipologie di requisiti speciali previsti in astratto, adattandoli alla natura, alla quantità e alle specifiche caratteristiche della singola gara, ed utilizzando, a tal fine, un considerevole margine di apprezzamento.

Con specifico riferimento al requisito della idoneità professionale, la giurisprudenza – in un’ottica sostanzialistica ispirata al *favor participationis* – aveva avuto modo di chiarire che la congruenza contenutistica che deve sussistere tra il certificato camerale e l’oggetto del contratto d’appalto «non deve tradursi in una perfetta e assoluta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma va appurata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale», atteso che la *ratio* della norma è quella di verificare che gli operatori economici vantino una professionalità *coerente* con le prestazioni oggetto dell’affidamento pubblico⁷⁶. Del resto, un’applicazione eccessivamente rigida del requisito avrebbe la conseguenza di restringere ingiustificatamente la platea dei potenziali concorrenti, limitandola ai soli soggetti aventi un oggetto sociale pienamente speculare rispetto ai contenuti della prestazione, indipendentemente dal peso riconosciuto agli stessi da parte della *lex specialis*⁷⁷.

Ebbene, proprio nel recepire il richiamato orientamento, il legislatore nel nuovo Codice ha espressamente disposto che l’iscrizione nei registri o presso i competenti ordini professionali devono riguardare una «attività pertinente anche se non coincidente con l’oggetto dell’appalto» (art. 100, co. 3). In tal modo, a ben vedere, si è opportunamente posto fine ad eventuali esclusioni formali dalla gara dettate dalla semplice mancata piena coincidenza tra oggetto della registrazione e oggetto dell’appalto; tuttavia, di contro, è forte il rischio di dare origine ad un nuovo profilo di incertezza, essendosi ampliato il margine di discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione circa la sussistenza o meno del presupposto della pertinenza.

In ordine ai requisiti economico-finanziari, l’elemento maggiormente delicato è rappresentato dall’indicazione del fatturato minimo richiesto per poter accedere alla gara, elemento volto a verificare la solidità dei concorrenti, ma potenzialmente idoneo a costituire un impedimento per le PMI, oltre che per gli operatori economici di più recente costituzione⁷⁸. Rispetto a tale profilo la norma si limita ad indicare parametri di riferimento

75 Cfr. Delibera n. 1228 del 22 novembre 2017. Tale formulazione è presente anche nei successivi aggiornamenti predisposti dall’ANAC al suddetto Bando tipo n. 1, ad opera della Delibera n. 154 del 16 marzo 2022 e, da ultimo, della Delibera n. 332 del 20 luglio 2022.

76 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 21 aprile 2021, n. 4672, in www.giustizia-amministrativa.it.

77 «L’esigenza di garantire la serietà e l’adeguata qualificazione degli offerenti va temperata con gli obiettivi della massima partecipazione e concorrenzialità, in quanto è di interesse pubblico non già la creazione o il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, quanto l’ampliamento di tale mercato anche a concorrenti per i quali è possibile pervenire a un giudizio di globale affidabilità professionale» (T.A.R. Abruzzo, l’Aquila, sez. I, 26 febbraio 2018, n. 71, in *Foro amm.*, 2/2018, p. 303).

78 T.A.R. Toscana, sez. II, 16 giugno 2022, n. 790, in www.giustizia-amministrativa.it.

“di massima”, ma lascia alla stazione appaltante la duplice scelta circa il “se” richiedere un fatturato minimo ed il *quantum* dello stesso; il tutto, ovviamente, non solo adeguatamente motivando sul punto, ma anche nel rispetto dei criteri della proporzionalità e della attinenza⁷⁹. Al riguardo, la giurisprudenza parla di «margine apprezzabile di discrezionalità» nel richiedere requisiti di partecipazione anche più severi rispetto a quelli normativamente previsti, purché – in un’ottica di bilanciamento con i principi della massima partecipazione, concorrenza, trasparenza e libera circolazione delle prestazioni e servizi – siano rispettati i criteri della attinenza e della proporzionalità all’oggetto dell’appalto, e la scelta maggiormente restrittiva si correli a circostanze debitamente giustificate⁸⁰.

Se è vero, allora, che, anche sotto la vigenza del precedente Codice, alla stazione appaltante era riconosciuto un certo margine di discrezionalità nella definizione di requisiti economico-finanziari particolarmente elevati, ciò non comportava, tuttavia, la possibilità di indicare importi sovradimensionati rispetto alle reali esigenze di gara, in particolar modo quando ciò avveniva senza motivare in maniera rigorosa una scelta che veniva a configurarsi come palesemente contraria al principio di massima partecipazione ed al *favor* nei confronti delle micro, piccole e medie imprese⁸¹.

Anche in merito alla richiesta di specifici requisiti di ordine tecnico-professionale, la giurisprudenza tende a riconoscere un’ampia discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti. In particolare, sono considerate legittime tutte quelle prescrizioni che richiedono modelli organizzativi, capacità tecniche ed esperienziali che risultino coerenti con il settore di mercato interessato – nonché adeguatamente giustificate rispetto alle caratteristiche della specifica procedura – anche laddove tali previsioni di bando dovessero restringere il novero dei potenziali partecipanti⁸². In tale prospettiva – con specifico riferimento al settore degli appalti di servizi – deve essere letta quella giurisprudenza che distingue le nozioni di servizi “identici” e servizi “analoghi”, ritenendo che debba ritenersi soddisfatta la prescrizione della legge di gara tutte le volte in cui il concorrente abbia dimostrato lo svolgimento di servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l’appalto⁸³. In tal modo, viene di fatto garantita l’osservanza del principio di massima partecipazione, pur nel rispetto della necessità di scelta di operatori qualificati da parte della stazione appaltante. Ciò non esclude in assoluto la possibilità di indicare espressamente nella *lex specialis* il requisito dell’aver già svolto servizi del tutto uguali a quelli oggetto della prestazione richiesta,

79 T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 24 aprile 2013, n. 1779, in *Diritto e Giustizia*, 2013.

80 Cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 17 dicembre 2018, n. 369, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2017, n. 3352, in www.giustizia-amministrativa.it.

81 Cfr. il parere pre-contenzioso ANAC n. 506 del 23 giugno 2021, con il quale l’Autorità ha evidenziato l’illogicità e la violazione dei principi di ragionevolezza e massima partecipazione di una stazione appaltante che aveva indicato quale requisito di partecipazione un fatturato globale pari al triplo del valore dell’appalto, senza tra l’altro motivare in maniera adeguata la scelta a carattere restrittivo (<https://www.anticorruzione.it/documents/91439/2366412/Delibera+n.+506+del+23+giugno+2021.pdf>).

82 Cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, 3 febbraio 2022, n. 120, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-quater, 11 maggio 2020, n. 4934, in www.giustizia-amministrativa.it.

83 «I servizi analoghi designano una categoria aperta di prestazioni accomunate da elementi caratterizzanti simili ed omogenei a quelli messi a gara e dialetticamente opposti ai servizi identici, connotati invece dall’essere una categoria chiusa di prestazioni aventi medesima consistenza di tipo e funzione, sì da collidere con il precetto conformante le procedure di gara teso a garantire la massima partecipazione delle imprese operanti nel medesimo segmento di mercato» (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 7 febbraio 2023, n. 352, in www.giustizia-amministrativa.it). In termini cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 13 maggio 2020, n. 5010; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 21 settembre 2020, n. 1873; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 23 gennaio 2018, n. 183, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

purchè, però, tale scelta non si riveli sproporzionata e irragionevole e sia supportata da un solido supporto motivazionale attinente la peculiarità del servizio richiesto⁸⁴.

4. La plurima portata applicativa del principio di massima partecipazione: tra equivalenza dei requisiti, avvalimento e principio di rotazione.

Come già osservato, l'art. 100, co. 12 del nuovo Codice – nel confermare la precedente disciplina – dispone che le stazioni appaltanti possono richiedere esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dal medesimo articolo. Tale disposizione, tuttavia, deve essere interpretata – proprio nell'ottica della massima partecipazione – in uno con il principio di equivalenza dei requisiti. Quest'ultimo, espressamente qualificato in termini di «principio immanente» al settore dei contratti pubblici⁸⁵, impone alle amministrazioni di accettare offerte che – sebbene in parte difformi dalle specifiche tecniche indicate nei documenti di gara – risultino prestazionalmente equivalenti ai requisiti richiesti⁸⁶. Il fine, evidentemente, è quello di «evitare che un'irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici precluda l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta»⁸⁷.

L'operatore economico è ovviamente chiamato a dimostrare che sussistano i presupposti affinché possa trovare applicazione il principio di equivalenza e, a tal fine, è legittimato a provare con qualsiasi mezzo che il prodotto o servizio offerto non differisca in alcun modo, dal punto di vista qualitativo e prestazionale, da quelli specificamente richiesti nel bando⁸⁸. Tuttavia, tale *onus probandi* non è interpretato in modo rigido da parte della giurisprudenza maggioritaria, secondo la quale – in piena coerenza con l'immanenza riconosciuta al principio in esame – la stazione appaltante sarebbe legittimata a ravvisare d'ufficio l'equivalenza delle caratteristiche di un requisito alla *lex specialis*, anche in assenza di una specifica istanza in tal senso da parte dell'operatore economico⁸⁹. La terminologia adoperata dal giudice amministrativo (“è consentito”, “può”), sembra, invero, qualificare in termini di mera facoltà, per la stazione appaltante, l'effettuazione di tale valutazione “in forma

84 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2021, n. 2710, in www.giustizia-amministrativa.it, dove la richiesta dell'avviso di gara di avere svolto «servizi uguali» è stata ritenuta non manifestamente sproporzionata né irragionevole, considerando la peculiarità del servizio di «catalogazione» (oltre che «di recupero catalografico e di altre tipologie di lavorazione catalografica») oggetto di affidamento, poiché richiedente un bagaglio di esperienza ed una idoneità tecnico-professionale specifici). In termini v. T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 19 ottobre 2021, n. 880, in www.giustizia-amministrativa.it.

85 Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 19 maggio 2020, n. 848, in www.giustizia-amministrativa.it. In termini v. anche Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2022, n. 1006, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si ribadisce che «Il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, e risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità, buon andamento e libertà d'iniziativa economica privata e, dall'altro, al principio di libera concorrenza, che vedono quale corollario il *favor participationis* alle pubbliche gare».

86 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1186, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Veneto, sez. I, 18 febbraio 2021, n. 236, in www.giustizia-amministrativa.it.

87 Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2022, n. 65, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353, in www.giustizia-amministrativa.it.

88 Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 19 maggio 2020, n. 848, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 11 settembre 2017, n. 4282, in www.giustizia-amministrativa.it.

89 Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 4 dicembre 2020, n. 3282, in *Rass. dir. farmaceutico*, 3/2021, p. 563; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 19 maggio 2020, n. 848, in www.giustizia-amministrativa.it. *Contra*, Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4207, in *I Contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 4/2017, p. 89 ss., con nota di C. SANTARELLI, *Il concorrente non può essere escluso se dimostra che il prodotto offerto ha caratteristiche tecniche perfettamente corrispondenti a quanto richiesto, ma ha l'onere di dimostrarlo*; in questo caso i giudici hanno ritenuto che non si potesse far gravare sulla commissione l'onere probatorio incombente in capo al concorrente «per l'alterazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti».

implicita" dell'equivalenza dell'offerta presentata; ciò rimanda nuovamente al tema dell'ampia discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nella dimensione attuativa del principio di massima partecipazione, ed in particolare ai limiti entro cui risulterebbe eventualmente sindacabile l'operato di una stazione appaltante che non procedesse *ex officio* alla valutazione di equivalenza, pur sussistendone tutti i presupposti.

Un ulteriore istituto direttamente ispirato al principio di massima partecipazione è l'istituto dell'avvalimento⁹⁰. Ricorrendo ad esso, infatti, operatori economici privi di alcuni dei requisiti di partecipazione (economici, finanziari o tecnici) hanno comunque la possibilità di concorrere per l'aggiudicazione di un appalto "utilizzando" le capacità di altri soggetti, a patto di poter dimostrare di disporre effettivamente delle stesse⁹¹. Esula dal tenore del presente contributo un'analisi approfondita dei diversi profili di interesse (e di criticità) sottesi alla disciplina dell'avvalimento, attualmente presente nell'art. 104 del nuovo Codice, connotato, rispetto alla normativa precedente (art. 89 del d.gs. n. 50/2016) da una maggiore attenzione alle caratteristiche proprie del contratto di avvalimento, piuttosto che al meccanismo di "prestito" dei requisiti⁹².

Basti evidenziare, in questa sede, come l'avvalimento non solo contribuisca con forza all'affermarsi di una visione sostanzialistica del possesso dei requisiti, ma finisca per rivelarsi in gran parte dei casi la soluzione più efficace per conseguire il risultato di ampliare il novero dei potenziali concorrenti ad una gara, attesa la ridotta onerosità (in termini organizzativi e burocratici) dello stesso rispetto all'opzione alternativa rappresentata dalla costituzione di un raggruppamento temporaneo di imprese⁹³. La giurisprudenza, tuttavia, pur esprimendosi in maniera chiara per la più ampia applicazione dell'istituto dell'avvalimento⁹⁴, ha in più occasioni sottolineato come il ricorso allo stesso debba essere comunque bilanciato con l'esigenza di garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico alla corretta e sicura esecuzione del contratto, con la conseguente necessità che l'impresa ausiliaria possieda integralmente i requisiti mancanti «senza poter estendere teoricamente all'infinito la catena dei possibili subausiliari» (divieto del c.d. avvalimento a cascata)⁹⁵.

In merito alle novità introdotte con il nuovo Codice, può essere senza dubbio letto in termini di ulteriore *favor* nei confronti della massima partecipazione delle imprese quanto sancito dal co. 1 dell'art. 104 del d.lgs. n. 36/2023, laddove – nel chiaro intento di risolvere un contrasto giurisprudenziale sorto sotto la vigenza della disciplina precedente – si riconosce natura "normalmente onerosa" al contratto di avvalimento, senza tuttavia escludere che esso

90 La letteratura in tema di avvalimento è molto ampia; *ex multis*, si rinvia a C. ZUCHELLI, *Avvalimento*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2019, p. 1104 ss.; G.P. CIRILLO, *Il contratto di avvalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica*, in *Riv. notar.*, 3/2016, p. 579 ss.; F. CINTIOLI, *Il contratto di avvalimento tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Giustamm.*, 2011.

91 Cfr. Corte Giust. UE, 14 aprile 1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep I*; Corte Giust. UE, 7 aprile 2016, C-324/2014, *Apelski Dariusz*, in *Foro amm.*, 4/2016, 775.

92 Per un commento analitico della nuova disposizione v. C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 608 ss.

93 In termini v. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., p. 159.

94 Con l'unico limite che esso «non si risolva nel prestito di una mera condizione soggettiva, del tutto disancorata dalla concreta messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali» T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 1 febbraio 2017, n. 62, in *Foro amm.*, 2/2017, p. 359.

95 Cons. Stato, ad. plen., 9 luglio 2020, n. 13, in *Riv. giur. edilizia*, 4/2020, p. 955; Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1295, in *Foro amm.*, 3/2018, p. 441; Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3347, in www.giustizia-amministrativa.it.

possa essere concluso anche in forma gratuita, allorquando ciò «risponda a un interesse dell'impresa ausiliaria»⁹⁶.

La portata applicativa del principio di massima partecipazione involge, infine, anche il c.d. principio di rotazione, in base al quale, nelle procedure di affidamento dei contratti sotto soglia, le stazioni appaltanti sono tenute a garantire una effettiva turnazione tra gli operatori economici⁹⁷. In particolare, la rotazione può riguardare tanto gli inviti (in caso di procedure negoziate), quanto gli affidamenti diretti, mentre non si applica nelle ipotesi in cui l'amministrazione abbia ritenuto di ricorrere ad una procedura ordinaria aperta al mercato, non operando in quel caso alcuna limitazione in ordine al numero di concorrenti tra i quali effettuare la selezione⁹⁸.

La *ratio* di tale principio è quella di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriverebbe evidentemente dalle conoscenze acquisite durante il pregresso affidamento)⁹⁹ e, di conseguenza, finisce anch'esso per rivelarsi strumentale all'ampliamento del numero degli operatori posti nelle condizioni di accedere a procedure ad evidenza pubblica. Certo, l'obbligo di osservare il suddetto principio finisce per configurare una vera e propria esclusione *ex ante* dalla partecipazione alla gara nei confronti del precedente affidatario, tuttavia la giurisprudenza ha chiarito come tale scelta non assuma un carattere sanzionatorio, bensì pro-concorrenziale, il che comporta, tra l'altro, l'assenza di un obbligo di motivazione specifica¹⁰⁰.

Il d.lgs. n. 36/2023 dedica al principio di rotazione degli affidamenti l'intero art. 49, il cui contenuto conferma in buona parte la disciplina precedentemente in vigore ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, così come integrata dalle Linee Guida ANAC n. 4 del 19 luglio 2019. Non mancano, tuttavia, profili innovativi tra i quali – per quanto maggiormente rileva in questa sede – si segnala la (condivisibile) scelta di limitare l'ambito soggettivo di applicazione del principio di rotazione: il divieto di partecipazione non riguarda più, come invece in passato, tutti gli operatori economici invitati alla precedente procedura di affidamento, bensì unicamente colui che è risultato aggiudicatario della stessa (art. 49, co.2). In effetti, se la principale finalità della turnazione è quella di scongiurare violazioni alla *par*

96 Si era espressa a favore della validità dell'avvalimento «anche se manchi il corrispettivo in favore dell'ausiliario, ma a condizione che dal testo contrattuale emerga chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha mosso l'ausiliario ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto in questione e le connesse responsabilità» T.A.R. Liguria, sez. I, 2 agosto 2021, n. 745, in *Foro amm.*, 7-8/2021, p. 1180; in termini anche T.A.R. Toscana, sez. I, 21 marzo 2013, n. 443, in *Foro amm. TAR*, 3/2013, p. 821. In senso contrario, invece, T.A.R. Toscana, sez. I, 14 agosto 2018, n. 1144, in *www.giustizia-amministrativa.it.*; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 19 febbraio 2016, n. 52, in *Riv. giur. edilizia*, 3/2016, p. 250.

97 Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 15 giugno 2021, n. 1957, in *www.giustizia-amministrativa.it.*; Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2019, n. 3831, in *www.giustizia-amministrativa.it.* Per un'ampia analisi dell'evoluzione della disciplina del principio di rotazione si rinvia a M. TERREI, *Sulla rotazione ovvero alla difficile ricerca di un equilibrio tra concorrenza e favor participationis*, in *Urb. e app.*, 5/2020, p. 618 ss.

98 Cfr. Linee Guida Anac n. 4 del 19 luglio 2019, *Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*. Sul punto v. anche T.A.R. Liguria, sez. II, 30 ottobre 2018, n. 869, in *Foro amm.*, 10/2018, p. 1730, laddove si specifica che «in ossequio al principio della massima partecipazione alle gare, la rotazione degli inviti presuppone la scelta della stazione appaltante di limitare il numero degli operatori cui attingere per gli inviti, sicché non appare applicabile nelle procedure nelle quali siano stati invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta». Da ultimo, in termini, Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2021, n. 7414, in *Appalti & Contratti*, 12/2021, 72 ss., con nota di D. IMMORDINO, *Ambito di applicazione e requisiti formali del principio di rotazione*.

99 Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 31 marzo 2023, n. 5555, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

100 Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 26 maggio 2022, n. 753, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

condicio derivanti da asimmetrie informative connesse alla previa conoscenza delle condizioni del servizio da espletare, esso non trova giustificazione nei confronti di coloro che, pur essendo stati già invitati, sono risultati non aggiudicatari.

L'elemento innovativo di maggior interesse, in quanto in grado di perimetrare con maggiore chiarezza la portata del principio in esame, è tuttavia dettato dal co. 4 dell'art. 49, laddove si dispone che la regola generale del divieto di invitare il (o di procedere con l'affidamento diretto nei confronti del) contraente uscente può essere derogata nelle ipotesi in cui la struttura del mercato e l'effettiva assenza di alternative valide non consentano alla stazione appaltante di rivolgersi ad operatori economici differenti, se non a scapito della qualità della prestazione. La circostanza che il principio di rotazione avesse un carattere relativo, del resto, era già stato chiarito quella giurisprudenza che – nel sottolinearne il carattere servente rispetto ai principi di massima partecipazione e concorrenza – ne ha escluso l'applicabilità ogniquale volta all'avviso esplorativo pre-inviti forniscano riscontro unicamente due operatori, uno dei quali rappresentato dall'affidatario uscente¹⁰¹.

Emerge nuovamente, in altri termini, l'esigenza di non imbrigliare le scelte dell'amministrazione in rigidi modelli decisionali, riconoscendole comunque margini più o meno ampi di discrezionalità, necessari a conseguire di volta in volta la più idonea sintesi tra i principi in rilievo: anche un principio apparentemente primario, come quello della massima partecipazione, può (anzi, deve) essere legittimamente "sacrificato" a fronte di elevati rischi per la qualità e la effettività della esecuzione del contratto (ovvero a fronte di una presumibile lesione del principio del risultato).

5. Favor nei confronti delle micro, piccole e medie imprese: i limiti della compatibilità con le prestazioni da acquisire e delle esigenze di contenimento della spesa pubblica.

Nell'individuare i parametri di riferimento per la determinazione dei requisiti di partecipazione, l'art. 10 del nuovo Codice contiene un esplicito riferimento alla finalità di favorire l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese. Tradizionalmente, le PMI – pur rappresentando una elevatissima percentuale delle imprese esistenti in buona parte dei diversi settori mercato, sia a livello nazionale che europeo – hanno sempre trovato notevole difficoltà ad accedere alle commesse pubbliche, per una serie di fattori, alcuni legati alla c.d. asimmetria informativa, altri (principalmente) alla impossibilità di soddisfare tutti i requisiti di partecipazione indicati nei bandi, spesso consapevolmente redatti in un'ottica "escludente" da parte di stazioni appaltanti che consideravano più conveniente (in termini di tempistica e gestione complessiva dell'operazione) stipulare contratti unici di grandi dimensioni piuttosto che porre in essere diverse procedure di gara di più ridotta entità¹⁰².

101 «L'esclusione di quest'ultimo avrebbe limitato e non promosso la concorrenza nel mercato, ragione per cui la stazione appaltante ha legittimamente deciso di ammettere alla gara anche il gestore uscente al fine di far prevalere l'esigenza del confronto concorrenziale rispetto al principio di rotazione» (T.A.R. Toscana, sez. II, 11 dicembre 2018, n. 1605, in www.giustizia-amministrativa.it).

102 G. MARCHIANÒ, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, cit., p. 1 ss.

Il *favor* verso le PMI – chiaramente indicato già nelle direttive del 2014¹⁰³ – assurge a vero e proprio principio ispiratore con il d.lgs. n. 50/2016, il cui art. 30, co. 7, disponeva che i criteri di partecipazione alle gare dovevano essere tali da non escludere le micro, le piccole e le medie imprese, impegnando in tal senso le stazioni appaltanti nella scelta di requisiti partecipativi non solo non discriminatori e idonei a selezionare il contraente “giusto”, ma anche in grado di agevolare (*favorire*) la partecipazione delle PMI alle gare, nei limiti di quanto possibile in relazione alla corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali¹⁰⁴. Lo stesso art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, nel disciplinare i criteri di selezione, confermava tale specifica attenzione, laddove affermava che «sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente».

Analogamente, il d.lgs. n. 36/2023 – confermando l'assetto precedente (del resto l'unico coerente con le direttive europee, immutate) – esprime in più disposizioni, oltre che nell'art. 10 in commento, il suddetto *favor* nei confronti delle PMI, in un'ottica tanto semplificatoria (in termini di riduzione degli oneri)¹⁰⁵, quanto di agevolazione economico-finanziaria¹⁰⁶, senza tuttavia giungere ad imporre quei meccanismi di c.d. *set aside* operanti ad esempio negli U.S.A., ovvero di vere e proprie riserve di alcune categorie di appalti a favore imprese che non superano determinati requisiti dimensionali¹⁰⁷.

Ciò posto, uno degli aspetti di maggior rilievo nella prospettiva del non ostacolare l'accesso al mercato da parte delle PMI, è rappresentato dal divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta: i primi, infatti, sono finalizzati a verificare l'affidabilità soggettiva dell'operatore economico (in termini di competenze, capacità economica e tecnica) – in una prospettiva che potremmo definire di controllo di

103 I riferimenti al *favor* nei confronti delle PMI all'interno della dir. 2014/24/UE sono rinvenibili, tra l'altro, nel considerando 2 (La normativa in materia di appalti deve essere rivista facilitando la partecipazione delle piccole e medie imprese), nel considerando 78 (È opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI), e – per quanto maggiormente rileva in questa sede – nel considerando 83 (Requisiti eccessivamente severi relativi alla capacità economica e finanziaria spesso costituiscono un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici). Anche prima del 2014, si registrano altri importanti documenti con i quali l'UE ha richiamato l'attenzione dei Paesi membri alla predisposizione di una normativa più aperta all'accesso delle PMI al settore degli appalti pubblici. Si veda, ad esempio, il *Codice europeo delle buone pratiche che agevolino l'accesso delle PMI ai contratti di appalti pubblici* (Commissione delle Comunità europee, 2008), e la *Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 sulla modernizzazione degli appalti pubblici* (2011/2048(INI)).

104 Cfr. Cons. Stato, sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857, in www.giustizia-amministrativa.it; F. DALLARI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, p. 326. D. CAPOTORTO, *Lo Stato “consumatore” e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. amm.*, 1/2021, p. 161 ss., parla, al riguardo, dello Stato come «consumatore atipico che non tende alla massimizzazione del proprio benessere individuale [...], preoccupandosi piuttosto del benessere collettivo e, finanche, del benessere delle proprie controparti contrattuali (tutela delle PMI e della concorrenza)», p. 163.

105 Ai sensi dell'art. 106, l'importo della garanzia provvisoria che deve corredare l'offerta è ridotto del 50% per le PMI.

106 Ai sensi dell'art. 119, la stazione appaltante corrisponde non all'appaltatore ma direttamente al subappaltatore l'importo dovuto per le prestazioni effettuate, quando il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa.

107 Sul tema v. A. EQUABILE, *Opportunità e limiti per le PMI nel contesto del codice dei contratti pubblici*, Pescara, 2020. La Corte Costituzionale ha avuto modo di chiarire che, accanto al divieto di pubblicare bandi “riservati” alle sole PMI, si rivelerebbe altresì illegittima l'eventuale procedura di gara che prevedesse un trattamento di favore destinato unicamente a piccole e medie imprese radicate su un determinato territorio locale o regionale (Corte cost., 27 maggio 2020, n. 98, in www.cortecostituzionale.it).

idoneità astratta *ex ante* – mentre i secondi hanno lo scopo del tutto differente di misurare la qualità oggettiva dell’offerta presentata (da parte di soggetti tutti potenzialmente idonei)¹⁰⁸.

Ebbene, la giurisprudenza europea e nazionale mantiene ferma tale distinzione e vieta qualsiasi impropria traslazione tra i due “momenti”, in quanto indicare tra i requisiti di partecipazione minimi (con effetti, quindi, escludenti) un criterio che, invece, sarebbe destinato unicamente ad operare un confronto qualitativo tra le offerte, finirebbe inevitabilmente per avvantaggiare i soggetti dotati di una struttura organizzativa maggiormente ampia ed operanti da più tempo sul mercato¹⁰⁹.

Al riguardo devono segnalarsi due rilevanti novità presenti nel nuovo Codice. La prima, di carattere nominalistico-formale, riguarda la rubrica dell’articolo contenente la disciplina in esame. L’art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 utilizzava impropriamente la locuzione “criteri” di selezione, il che – come è stato osservato – rischiava di ingenerare confusione tra le condizioni ritenute necessarie ai fini della mera partecipazione ad una procedura di appalto e gli elementi oggetto di specifica valutazione per la selezione del miglior contraente privato¹¹⁰. L’attuale rubrica dell’art. 100 del nuovo Codice contiene, invece, più opportunamente il termine “requisiti” di ordine speciale, eliminando in tal modo qualsiasi possibile effetto confusorio.

In merito alla seconda novità, si segnala che ai sensi dell’art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 era stabilito che tra i criteri per determinare l’offerta economicamente più vantaggiosa potessero essere indicati – se influenti sull’esecuzione dell’appalto – anche l’organizzazione, le qualifiche e l’esperienza del personale effettivamente utilizzato per erogare le prestazioni: in tal modo, si legittimava la valorizzazione di profili di ordine evidentemente soggettivo anche in sede di valutazione delle offerte, a condizione che «a) alcuni aspetti dell’attività della impresa possano effettivamente “illuminare” la qualità della offerta e b) lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell’aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell’appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo»¹¹¹. Ebbene, il nuovo art. 108 del d.lgs. n. 36/2023 non contempla più tale possibilità, ponendosi evidentemente in un’ottica di maggior *favor* nei confronti delle PMI, laddove si esclude in assoluto la possibilità di ricorrere ai requisiti soggettivi di un operatore

108 A. GIANNELLI, P. PROVENZANO, A. GIUSTI, *Commento all’art. 83. Criteri di selezione e soccorso istruttorio*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Milano, I, 2017, p. 1045 ss.

109 Cfr. Corte Giust., 20 settembre 2011, C-461/08; Corte Giust., sez. I, 24 gennaio 2008, C-532/06; Corte Giust., 19 giugno 2003, C-315/01; Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2022, n. 722, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279, in *Foro amm.*, 1/2018, p. 16; Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5197, in *Foro amm. CDS*, 10/2012, p. 2620; Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1, in *Foro it.*, 2004, III, p. 344.

110 F. FRANCIOSI, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, cit., p. 959, sottolinea che «l’improprietà deriva con tutta probabilità dalla traduzione letterale della rubrica del corrispondente art. 58 della direttiva 2014/24/UE che impiega l’espressione “*selection criteria*”».

111 T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 21 febbraio 2018, n. 1147, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In termini cfr. Cons. Stato, sez. III, 17 marzo 2020, n. 1916, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. III, 11 marzo 2019, n. 1635, in *Foro it.*, 9/2019, p. 434; Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2016, n. 3970, in *Foro amm.*, 9/2016, p. 2103; Cons. Stato, sez. III, 21 dicembre 2011, n. 6777, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Critico nei confronti di tale disposizione D. CAPOTORTO, *Lo Stato “consumatore” e la ricerca dei suoi principi*, cit., il quale sottolineava come il sostanziale superamento del divieto di commistione tra requisiti soggettivi e criteri valutativi avesse l’ulteriore effetto negativo di minare il principio di scansione in fasi della procedura di gara “dovendo l’amministrazione necessariamente valutare i requisiti soggettivi nella fase di ammissione dei concorrenti e le offerte nella fase successiva e sulla base di criteri strettamente attinenti all’oggetto dell’appalto”, p. 174.

economico per la valutazione delle offerte, quand'anche i suddetti requisiti fossero idonei ad influire sulla qualità dell'offerta medesima.

Ancora, è evidente come rientri tra le previsioni volte ad agevolare l'accesso alle gare per le PMI anche la possibilità di partecipare in RTI o consorzi da parte di più operatori economici e, conseguentemente, di consentire agli stessi di garantire la soddisfazione dei requisiti in maniera complessiva, ovvero da parte del gruppo e non dei singoli soggetti facenti parte dello stesso¹¹². Tale previsione si pone in stretta correlazione con quell'orientamento ormai consolidato del giudice amministrativo in base al quale è considerata illegittima – perché in violazione del principio di massima partecipazione – l'esclusione dalla partecipazione alla gara di imprese di nuova costituzione che possano documentare il possesso del requisito richiesto dal bando di gara per un numero di anni inferiore a quello indicato nella *lex specialis*¹¹³.

L'art. 83, co. 8 del d. lgs n. 50/2016 conteneva, poi, una previsione che aveva l'effetto di limitare notevolmente l'accesso alle imprese meno strutturate, nella misura in cui imponeva alla mandataria l'obbligo di possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. Tale disposizione, non a caso non recepita dal nuovo Codice, era stata di recente oggetto di una pronuncia della Corte di Giustizia UE, che ne aveva ravvisato la contrarietà alla normativa europea: infatti, mentre quest'ultima (art. 63 dir. 2014/24/UE) prevede che nei soli appalti di servizi la stazione appaltante "possa" richiedere – sulla base di una valutazione di opportunità da effettuare *case by case* – che taluni requisiti siano posseduti direttamente dall'offerente stesso, la disposizione nazionale imponeva in modo orizzontale che per tutti gli appalti pubblici la mandataria dovesse possedere maggiori requisiti e dovesse eseguire la maggior parte delle prestazioni¹¹⁴. Con tale pronuncia, in altri termini, la Corte europea ha inteso garantire una più ampia ed effettiva applicazione del principio di massima partecipazione, incrementando notevolmente il novero delle procedure alle quali possono ambire le micro, piccole e medie imprese, in raggruppamento, benché individualmente prive dei requisiti speciali prescritti dal bando.

Uno dei profili che maggiormente rilevano nella recente apertura del mercato dei contratti pubblici alle PMI è, poi, senza dubbio rappresentato dal tema della suddivisione in lotti di una procedura di gara. Originariamente, la preferenza delle stazioni appaltanti per contratti unici di grandi dimensioni era giustificata mediante il richiamo al divieto, previsto nelle direttive di prima generazione, di parcellizzare un appalto in più lotti, divieto che tuttavia era espressamente finalizzato al solo evitare l'attuazione di operazioni elusive della disciplina relative alle soglie comunitarie. A fronte di ciò, già le direttive del 2004 e, poi, con ancora maggior forza, quelle del 2014, hanno introdotto la possibilità per le amministrazioni – in presenza dei necessari presupposti economici e tecnico-organizzativi – di procedere al frazionamento della gara in lotti funzionali (prestazionali o quantitativi) di valore adeguato, al precipuo fine di conseguire un maggior coinvolgimento delle micro, piccole e medie imprese¹¹⁵. In presenza di un appalto avente ad oggetto servizi del tutto eterogenei tra loro, ad esempio, l'eventuale scelta di procedere con l'affidamento in un unico lotto è oggi ritenuta illegittima, perché in violazione del principio della massima partecipazione, nella misura in

112 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 maggio 2020, n. 4578, in *Foro amm.*, 5/2020, p. 1063; Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2018, n. 6632, in *Foro amm.*, 11/2018, p. 1936; Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2017, n. 3364, in *Foro amm.*, 7-8/2017, p. 1533. A. NICODEMO, *Contratti pubblici, il principio del favor participationis e i consorzi. La regola dell'equilibrio tra diritto interno e comunitario*, in *Federalismi*, 24/2020, p. 216 ss.

113 Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, 24 ottobre 2016, n. 4845, in *Foro amm.*, 10/2016, p. 2509.

114 Cfr. Corte Giust., 28 aprile 2022, C-642/2020.

115 B. RAGANELLI, *PMI, procurement e favor participationis*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 3-4/2017, p. 839 ss.

cui si finisce per limitare in modo irragionevole la facoltà di presentare un'offerta da parte delle micro, piccole e medie imprese¹¹⁶.

L'ostacolo rappresentato dal possibile utilizzo di tale facoltà per escludere illegittimamente l'applicazione della normativa europea, strumentalmente riducendo il valore delle singole procedure di gara, è stato agevolmente superato mediante la previsione in base alla quale quando un'opera o un acquisto di beni o servizi può dar luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti, con la conseguenza che allorché il valore cumulato dei lotti risulti pari o superiore alla soglia comunitaria, le disposizioni del Codice si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto¹¹⁷.

Già sotto la vigenza del precedente Codice, invero, la suddivisione in lotti funzionali era transitata da mera facoltà a regola generale, laddove l'art. 51, co. 1 del d.lgs. n. 50/2016 imponeva alle stazioni appaltanti un onere motivazionale specifico, in sede di bando di gara, nell'ipotesi in cui avessero deciso di non procedere al frazionamento dell'appalto in lotti funzionali¹¹⁸. Nonostante il medesimo comma contenesse un esplicito divieto di suddivisione dell'appalto in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del codice, il deciso *favor* per la suddivisione espresso dal legislatore rendeva tuttavia elevato il rischio di incorrere in parcellizzazioni artificiose. Al riguardo, pertanto, deve essere vista con favore la modifica apportata dal d.lgs. n. 36/2023, il cui art. 58 – nel confermare l'assetto precedente che vede il frazionamento quale regola – specifica però che le stazioni appaltanti sono tenute ad indicare di volta in volta i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti, chiedendo in tal modo all'amministrazione di giustificare adeguatamente l'esercizio del proprio potere discrezionale¹¹⁹.

Strettamente connesso al profilo ora esaminato è, poi, il c.d. vincolo di aggiudicazione, strumento pro-concorrenziale che, nell'impedire ad uno stesso soggetto di essere aggiudicatario di una pluralità di lotti, aumenta le possibilità di successo delle piccole e medie imprese pur in presenza di aziende meglio posizionate sul mercato¹²⁰. Esso trova la sua fonte nell'art. 46 della dir. 2014/24/UE, ove è riconosciuta alle stazioni appaltanti la

116 Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 30 gennaio 2018, n. 1087, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha annullato una gara con lotto unico concernente l'affidamento dei servizi di trasporto scolastico, manutenzione e pulizia degli istituti scolastici, manutenzione del verde scolastico e delle piste ciclabili, sanificazione/disinfestazione dell'intero territorio comunale).

117 Cfr. art. 9, co. 5 dir. n. 2014/24/UE; art. 35, co. 9 e 10 d.lgs. n. 50/2016. Vedi, oggi, l'art. 14 del d.lgs. n. 36/2023.

118 S. VILLAMENA, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Dir. amm.*, 4/2020, p. 933 ss. Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 15 febbraio 2022, n. 1843, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 21 febbraio 2022, n. 2016, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 febbraio 2022, n. 1255, in www.giustizia-amministrativa.it, ove la suddivisione in lotti è definita in termini di «principio generale adattabile alle peculiarità del caso». Tra le motivazioni rese a giustificazione della scelta del lotto unico, la giurisprudenza ha considerato legittima, ad esempio, l'aver ritenuto «preferibile avere come controparti grandi imprese o grandi raggruppamenti temporanei di imprese, allo scopo di favorire la produttività e l'efficienza, o per altre esigenze di interesse pubblico» (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 3 maggio 2019, n. 431, in *Foro amm.*, 5/2019, p. 857).

119 Aderendo, in tal senso, a quella giurisprudenza che sottolineava come – essendo il precetto della ripartizione in lotti funzionale alla tutela della concorrenza – si incorresse in una violazione dello stesso «in caso di previsione di lotti di importo spropositato e riferiti ad ambiti territorialmente incongrui» (Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2020, n. 973, in *Foro amm.*, 2/2020, p. 250).

120 Cfr. Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2022, n. 8990, in *Foro amm.*, 10/2022, p. 1258; Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2021, n. 6402, in *Foro amm.*, 9/2021, p. 1283. In dottrina, sul tema. v. R. CAPONIGRO, *Riflessioni sulla tutela giurisdizionale nelle gare d'appalto con vincolo di aggiudicazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

facoltà di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un medesimo offerente, ed era stato successivamente trasfuso nell'art. 51, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016¹²¹.

Sul punto, il nuovo Codice, all'art. 58 co. 4, conferma sostanzialmente quanto già stabilito dalla precedente disciplina, introducendo, tuttavia, uno specifico onere motivazionale volto ad orientare la scelta discrezionale della p.a. In particolare, mentre il d.lgs. n. 50/2016 individuava quale unico presupposto per il legittimo ricorso al vincolo di aggiudicazione la circostanza che esso fosse espressamente indicato nel bando di gara o nell'invito, l'attuale disposizione chiarisce che la limitazione del numero dei lotti aggiudicabili ad un medesimo offerente deve trovare una adeguata giustificazione in ragioni connesse alle caratteristiche della gara, all'efficienza della prestazione, ovvero alle condizioni del mercato. Si ritiene, tuttavia, che tale precisazione – senza dubbio opportuna nella misura in cui contribuisce a rendere maggiormente intellegibili (e, quindi, sindacabili) le scelte della stazione appaltante – non avrà l'effetto di limitare il ricorso al vincolo di aggiudicazione, strumento essenziale in chiave di estensione della partecipazione alle gare da parte delle PMI, in quanto la giurisprudenza aveva già avuto modo di sottolineare come gli effetti positivi in termini di estensione del numero degli aggiudicatari dovessero comunque essere sempre bilanciati con la verifica circa l'adeguatezza delle prestazioni offerte¹²².

Il complessivo impianto di misure regolatorie e applicazioni giurisprudenziali volto ad agevolare il più ampio accesso possibile alle procedure ad evidenza pubblica da parte delle PMI trova, in ogni caso, precisi limiti in due elementi espressamente indicati nell'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023. Si tratta, in particolare, della compatibilità con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica. Tale secondo elemento si rivela una assoluta novità, introdotta – come è possibile desumere dalla lettura della Relazione del Consiglio di Stato al Codice – su suggerimento degli esperti economisti facenti parte della Commissione che ha redatto il nuovo apparato normativo; tuttavia, esso trova un evidente riferimento nella generale tendenza all'aggregazione della domanda, finalizzata ad ottenere prezzi e costi delle transazioni maggiormente competitivi¹²³. In ogni caso, per comprendere l'effettiva portata del parametro della realizzazione di economie di scala – attesa la vaghezza della formulazione adoperata dal legislatore – occorrerà attendere la prassi applicativa che si andrà a formare, ovvero il peso che le stazioni appaltanti intenderanno riconoscere a tale profilo e le modalità che saranno adoperate per la sua effettiva misurazione.

121 «Le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la possibilità di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare». Sul carattere discrezionale della scelta v. Cons. Stato, sez. III, 14 aprile 2022, n. 2819, in www.giustizia-amministrativa.it.

122 Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 6 aprile 2021, n.881, in *Foro amm.*, 4/2021, p. 623, ove, ad esempio, si chiarisce che «a fronte di separate e autonome procedure per ciascun lotto funzionale o prestazionale non potrà operare il vincolo di aggiudicazione proprio in considerazione dell'eterogeneità degli oggetti dei vari lotti». Sottolinea i molteplici benefici derivanti dal ricorso all'istituto del vincolo di aggiudicazione T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 26 gennaio 2017, n. 1345, in www.giustizia-amministrativa.it, laddove afferma che «un ulteriore impulso all'apertura dei mercati attraverso la partecipazione alle gare e la possibile aggiudicazione delle stesse da parte del più alto numero di imprese possibile – le quali in tal modo, in un circolo “virtuoso”, potrebbero acquisire le qualificazioni ed i requisiti necessari alla partecipazione ad un numero sempre maggiore di gare - è dato dal c.d. vincolo di aggiudicazione».

123 M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di centralizzazione della committenza negli appalti pubblici*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 1/2023, p. 127 ss.; A. ZITO, M. IMMORDINO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, in *Nuove Autonomie*, 2/2018, p. 223 ss.

In merito al secondo elemento con il quale bilanciare il *favor* per le PMI, ovvero la compatibilità con le prestazioni da acquisire, esso deve oggi intendersi quale diretta espressione del principio di risultato di cui all'art. 1 del nuovo Codice. A fronte del rischio che un eccesso di apertura alla partecipazione anche a micro, piccole e medie imprese possa avere l'effetto di non garantire alla stazione appaltante il conseguimento della ottimale esecuzione della prestazione contrattuale, si impone in capo all'amministrazione l'obbligo di far recedere il principio di massima partecipazione, a favore della maggiore commisurazione possibile delle determinazioni dell'apparato amministrativo alle esigenze del caso di specie. Anche in questo caso, pertanto, emerge la «funzione poetica» esercitata dall'amministrazione ai fini della definizione *case by case* della «regola del caso» e, quindi, «la rilevanza primaria dell'esercizio della discrezionalità e della sussistenza, nel sistema, di condizioni che ne garantiscano il suo appropriato, responsabile e motivato esercizio»¹²⁴.

6. Conclusioni.

Alla luce delle considerazioni proposte, si può innanzitutto affermare che il principio di massima partecipazione rientra tra quei principi che potremmo definire “strumentali”. Esso, infatti, non è volto *ex se* a far conseguire alla p.a. un interesse pubblico o a garantire all'operatore economico l'esercizio di un proprio diritto. Esso, piuttosto, si pone in termini di “mezzo” attraverso cui poter ottenere l'attuazione di altri due principi, questi sì aventi portata sostanziale: il principio della concorrenza, da un lato, e quello del buon andamento, dall'altro. L'accezione “strumentale” del principio non deve però sminuirne la rilevanza, che trova del resto piena conferma nella circostanza che esso – come si è illustrato *supra* – permea numerosi istituti centrali nella dinamica relazionale che si crea tra stazione appaltante e operatori economici.

Non può non osservarsi, tuttavia, come la indubbia rilevanza riconosciuta al principio di massima partecipazione contrasti in qualche misura con il previsto innalzamento della soglia degli appalti aggiudicabili con affidamento diretto o con procedura ristretta senza bando. A ben vedere, infatti, tale scelta presente nel Codice non appare tanto contraria al principio di concorrenza, in quanto ispirata al principio di proporzionalità, ovvero giustificata in base all'esigenza di parametrare la procedura all'effettività del mercato di riferimento¹²⁵. Essa, piuttosto, si pone in contrasto proprio con il principio di massima partecipazione (letto nell'ottica del buon andamento inteso come selezione del miglior contraente possibile) che evidentemente assume un ruolo secondario rispetto alle primarie esigenze di effettiva realizzazione delle opere, nonché di celere esecuzione dei contratti pubblici e, in ultimo, rispetto al principio del risultato.

In definitiva, come del resto può dirsi in ordine anche agli altri principi positivizzati nella prima parte del nuovo Codice, il “successo” o meno dell'operazione di razionalizzazione e semplificazione regolatoria operata dal legislatore ruota intorno all'ampia discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti nell'applicazione dei suddetti principi¹²⁶. Per quanto concerne, nello specifico, il principio di massima partecipazione, si è visto come la sua

124 M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 68.

125 Per una analisi del principio di proporzionalità quale canone ermeneutico generale nel settore dei contratti pubblici v. R. CIPPITANI, *Principio di proporzionalità e applicazione verticale della direttiva appalti: la rilevanza temporale dei motivi di esclusione*, in *Urb. e app.*, 2/2022, p. 217 ss.

126 Sul punto M. RAMAJOLI, *I principi generali*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, opportunamente osserva che l'obiettivo prioritario del nuovo Codice «è quello di incoraggiare e valorizzare – anche simbolicamente – le stazioni appaltanti a ricorrere alla discrezionalità e allo spazio valutativo di tipo tecnico abbandonando una mentalità obbediente alla sola legalità formale», p. 47.

portata applicativa richieda sempre l'esercizio di un potere discrezionale, se solo si pensa, ad esempio, a quanto osservato in merito alla selezione e valutazione dei requisiti speciali, al principio di rotazione e persino alla corretta gestione delle cause di esclusione.

Per quanto attiene specificatamente il profilo della tassatività delle cause di esclusione, a fronte dell'ingente contenzioso che nella precedente stagione aveva creato gravi sofferenze all'intero comparto degli appalti pubblici in termini di incertezza del diritto su cause di esclusione imprevedibili o addirittura indecifrabili, il legislatore ha deciso di positivizzare – sotto l'egida della richiesta “razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione” – gli approdi giurisprudenziali che lo hanno spinto a una ricerca, quasi ossessiva, del “tipo” o del “caso” da inserire nel dettato normativo: ne è derivato un sistema (a prima lettura non semplice) delle cause di esclusione attorno al quale poter immaginare operatori – più o meno consapevoli – che cominciano a orientarsi nella speranza di poter calcolare facilmente le possibili conseguenze delle loro iniziative.

In realtà, si è visto come il legislatore abbia tentato di specificare – nell'ottica della legalità-tassatività – cosa autorizzi la stazione appaltante ad esercitare il potere *espulsivo* (soprattutto quello non automatico riferito al grave illecito professionale)¹²⁷, e cosa invece giustifichi un potere *inclusivo* per il tramite del soccorso istruttorio, secondo un modello che ha rimesso il diritto dei contratti pubblici a un (nuovo) circuito di *giurisprudenzializzazione-sapienziale*; circuito la cui complessità – anche sotto il profilo degli spazi discrezionali lasciati alle amministrazioni – richiede(rà) un rodaggio ermeneutico-applicativo da tradurre sotto forma di rigorose motivazioni che, senza trascurare l'errore scusabile per incertezza (iniziale) del diritto, argomentino adeguatamente le relative statuizioni.

In conclusione, il nuovo quadro normativo “di principi” appare astrattamente adeguato a far fronte alle esigenze del settore. Il successo dell'operazione, tuttavia, dipenderà essenzialmente da due fattori: da un lato, dalla capacità che dimostreranno le stazioni appaltanti di guardare al principio di massima partecipazione come “faro” per orientare le proprie scelte discrezionali, e, dall'altro lato, dalla volontà (e il coraggio) che il giudice amministrativo mostrerà nel sindacare l'esercizio discrezionale del potere attraverso un parametro (apparentemente) così “impalpabile”.

127 La nuova disciplina dedicata alle cause di esclusione è molto più articolata e complessa rispetto al Dlgs 50/2016, come risulta evidente anche dal semplice raffronto del numero degli articoli che la contengono: al netto della normativa dedicata ai principi, precedentemente vi era solo l'articolo 80 nel vecchio regime, a fronte di ben cinque articoli - dal 94 al 98 – nel nuovo Codice.