

Biancamaria Raganelli

**CONTRATTI PUBBLICI E PICCOLE
MEDIE IMPRESE. GLI STRUMENTI
A SOSTEGNO COMPATIBILI CON
LA NORMATIVA COMUNITARIA E
NAZIONALE**

Estratto



BIANCAMARIA RAGANELLI (1)

**CONTRATTI PUBBLICI E PICCOLE MEDIE IMPRESE.
GLI STRUMENTI A SOSTEGNO COMPATIBILI CON LA
NORMATIVA COMUNITARIA E NAZIONALE**

SOMMARIO: 1. Premessa. La crisi economica ed il ruolo delle PMI per sostenere il rilancio dell'economia. — 2. L'esperienza statunitense e quella europea a confronto. — 3. I principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento nel diritto e nella giurisprudenza comunitaria. — 4. Le possibili misure a sostegno delle PMI: compatibilità con il diritto comunitario — 4.1. Il dibattito sui *set-asides*. — 4.2. I sub-contratti. — 4.3. *PMI friendly procurement*. — 5. Gli strumenti compatibili con la disciplina nazionale in vigore. — 6. Riflessioni conclusive.

1. PREMESSA. LA CRISI ECONOMICA E IL RUOLO DELLE PMI PER SOSTENERE IL RILANCIO DELL'ECONOMIA.

La recente crisi economica internazionale ha contribuito, tra le altre cose, a porre in evidenza il ruolo delle infrastrutture e degli investimenti in nuove infrastrutture per il rilancio dell'economia e l'importanza di tutti gli operatori economici, anche piccoli.

Come noto, alla necessità di contenere la spesa pubblica si può far fronte con un freno ai programmi di investimento in conto capitale, tra cui rientrano innanzitutto gli investimenti in nuove infrastrutture, oltre che attraverso una serie di riduzioni delle grandi voci di spesa corrente come ad esempio pensioni, sanità, salari dei dipendenti pubblici. In questo contesto, però, dato il ruolo positivo che gli investimenti pubblici ed, in particolare, gli investimenti in infrastrutture, possono esercitare sullo sviluppo e la crescita economica di un paese, oltre che sulla ripresa della competitività, diviene prioritario il ricorso a forme e metodologie di finanziamento di programmi di rilancio infrastrutturale. È noto che le infrastrutture

(1) Ricercatore in diritto amministrativo, Università di Roma Tor Vergata, Dipartimento di diritto pubblico.

costituiscono un fattore produttivo per le imprese ed è dimostrato che esse hanno un importante impatto sui costi. Inoltre accanto ad un effetto diretto della quantità (*stock*) di infrastrutture sul tasso di crescita dell'economia, evidente soprattutto nei paesi in via di sviluppo, in quelli più industrializzati si registra anche un importante effetto indiretto in termini di stimolo agli investimenti privati.

D'altro canto, il rinnovato interesse intorno alle grandi opere e ai grandi appalti continua a mantenere l'attenzione concentrata sulle imprese di grandi dimensioni, spesso trascurando l'importanza del ruolo svolto dalle piccole e medie imprese nel rilancio dell'economia. Si tratta di un evidente paradosso, considerato che le piccole e medie imprese (PMI) rappresentano in Europa circa il 67% dei posti di lavoro nel settore delle imprese e il 58% del fatturato UE, ma riescono ad aggiudicarsi non più del 42% degli appalti pubblici. Il tessuto economico europeo poggia su un sistema diffuso di PMI, che costituisce una risorsa rilevante in termini di potenzialità di occupazione e sviluppo. Già da tempo in Europa si parla di politiche a sostegno della piccola e media impresa. Da ultimo, il 15 dicembre 2009, la Commissione europea ha adottato un rapporto che sottolinea i progressi fatti nell'implementare lo *Small Business Act*, sia a livello comunitario che nazionale (2).

La Commissione europea ha sviluppato ed applicato un complesso di misure finalizzate specificamente ad assistere le PMI sul mercato europeo. La convinzione diffusa è che queste possano giocare un ruolo importante nel perseguimento degli obiettivi dell'Unione europea di accelerare la crescita economica e sviluppare il mercato del lavoro. In particolare, si sostiene che il loro ingresso nel mercato del *public procurement* possa determinare un potenziale incremento quantitativo e qualitativo di concorrenza nell'intero settore dei contratti pubblici. Infatti, nonostante sia uniformemente condiviso il ruolo delle PMI come spina dorsale dell'economia europea, si rileva una modesta partecipazione alle gare e, in generale, la percentuale di aggiudicazione a favore di questa categoria di operatori non è pari alla loro partecipazione all'attività economica complessiva dell'Unione europea.

Da più parti in Europa si chiede di rendere possibile anche nel settore del *public procurement* l'adozione di misure a sostegno degli

(2) http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/small-business-act/implementation/files/sba_imp_en.pdf.

operatori di dimensioni ridotte, come già da anni negli Stati Uniti. Un intervento in tal senso sarebbe a maggior ragione necessario vista la mancanza di disponibilità statunitense a eliminare quelle norme con un particolare contenuto di protezione nazionale a favore delle PMI locali.

Tuttavia, non possono essere trascurate le questioni di compatibilità con il diritto e i principi comunitari in materia di parità di trattamento e concorrenza. La ricerca di misure che favoriscano la partecipazione delle PMI al mercato dei contratti pubblici, infatti, costituisce oggetto di acceso dibattito in Europa in rapporto ai principi generali di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento sanciti dal Trattato, dal diritto secondario e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Si discute della compatibilità con il diritto comunitario e con i principi citati di politiche che operino un trattamento differenziato per le PMI nel settore dei contratti pubblici e si studiano misure più *soft* di *PMI-friendly procurement*.

L'importanza delle politiche citate risulta oggi uniformemente condivisa anche nel nostro paese, ma si indugia sulle misure più opportune da adottare. Manca una ricognizione ragionata degli strumenti giuridici compatibili con la disciplina in vigore, utilizzabili da subito a favore delle PMI da parte di tutte le stazioni appaltanti. La Francia e la Germania si sono già mosse in questa direzione sulla scia dell'impulso operato dallo *Small Business Act for Europe* (3). Anche in Italia ci si interroga sulle possibili soluzioni da adottare a livello nazionale, tenuto conto del dibattito e degli sviluppi a livello internazionale ed europeo.

Il presente contributo si propone di esaminare la compatibilità di alcuni degli strumenti proposti in Europa per favorire la partecipazione delle PMI alle procedure di affidamento dei contratti pubblici con i principi comunitari in materia contenuti nel Trattato, nelle direttive comunitarie di settore e nella giurisprudenza della Corte di giustizia. In particolare, la questione si pone con riferimento al principio di parità di trattamento tra operatori economici sul mercato, strettamente connesso con il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, il principio di uguaglianza e il principio di trasparenza.

(3) EUROPEAN COMMISSION, *Small Business Act for Europe questionnaire*, http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/sba_en.htm.

L'esperienza statunitense costituisce un punto di partenza interessante, in quanto prevede una serie di misure che possono concretamente aiutare le piccole imprese a superare il divario che le separa dalle grandi imprese e ne ostacola l'accesso al mercato dei contratti pubblici (4). La maggiore partecipazione delle PMI al mercato del *public procurement* può produrre importanti vantaggi per l'intero sistema dei contratti pubblici, anche per effetto dell'incremento potenziale quantitativo e qualitativo di concorrenza che può essere determinato dall'ingresso di prodotti e servizi migliori.

In Europa la Commissione europea, consapevole dell'importanza delle PMI per l'economia e lo sviluppo del mercato, ha adottato da alcuni anni una serie di politiche confluite nell'approvazione di uno *Small Business Act for Europe*, che le istituzioni comunitarie e gli Stati membri sono chiamati a implementare. Tuttavia, il diritto comunitario sui contratti pubblici, a differenza di quello statunitense, si fonda su una serie di principi fondamentali imprescindibili posti a garanzia di un mercato aperto e concorrenziale, che limitano per molti versi l'adozione di alcuni strumenti.

I paragrafi 3 e 4 contengono una ricostruzione del dibattito su questi temi ed offrono una possibile chiave di lettura che, partendo dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dall'interpretazione delle disposizioni del Trattato e della disciplina contenuta nelle direttive comunitarie, ricerca una possibile forma di conciliazione tra la tutela della concorrenza e della parità di trattamento tra operatori e l'esigenza di offrire un sostegno alle PMI. L'assunto di fondo è che solo assicurando condizioni di partenza eguali, e cioè eliminando le disparità e i pregiudizi che impediscono l'accesso al mercato ad alcuni operatori economici, è possibile realizzare un'effettiva concorrenza per il mercato. Alla luce del dibattito della dottrina in corso, delle istanze emergenti dall'adozione dello *Small Business Act for Europe*, delle iniziative intraprese in alcuni paesi europei, ci si interroga sugli strumenti compatibili con la normativa nazionale in vigore (paragrafo 5), anche al fine di trarne alcune riflessioni.

(4) Anche altri paesi, come la Germania, la Svizzera e il Giappone, hanno adottato negli anni politiche a sostegno delle PMI.

2. L'ESPERIENZA STATUNITENSE E QUELLA EUROPEA A CONFRONTO.

Negli Stati Uniti lo *Small Business Act* è in vigore dal 1953. Questo prevede, tra le altre cose, un'apposita autorità, la *Small Business Administration*, con il compito di aiutare, assistere e proteggere, per quanto possibile, gli interessi delle piccole imprese (5) al fine di preservare un sistema imprenditoriale libero e competitivo (6). Il documento si fonda sulla convinzione che solo con il completo e libero accesso alla concorrenza il sistema americano può ottenere lo sviluppo e la sicurezza del Paese. È convinzione diffusa che tale concorrenza possa essere pienamente realizzata solo mantenendo, incoraggiando e sviluppando il potenziale di capacità della piccola impresa. Le funzioni svolte all'interno della *Small Business Administration* (SBA) a favore delle SMEs (*Small and Medium Enterprises*) riflettono l'enfasi per quelle aree in cui più forte è il *deficit* di partenza rispetto alla grande impresa: appalti pubblici, regolamentazione, credito, organizzazione. All'interno della SBA è istituito l'*Office of Advocacy*, con l'incarico di monitorare la regolamentazione e lo sviluppo procedurale (7). La legge riserva quote significative di contratti pubblici alle piccole imprese efficienti *set-asides* (8). Nello stesso processo di aggiudicazione delle gare, per la scelta del contraente e la stesura del capitolato si tiene conto delle difficoltà delle PMI rispetto alle grandi e sono previsti meccanismi di favore.

In Europa la consapevolezza del ruolo delle PMI come chiave di volta dell'economia (9) ha spinto la Commissione europea a sviluppare e applicare un complesso di misure finalizzate ad assistere le

(5) Imprese con meno di 500 dipendenti.

(6) L'agenzia riporta direttamente al Presidente degli Stati Uniti e al Congresso. Si è preferito non fare rientrare tali specifiche funzioni all'interno del *Department of Commerce*, il Ministero per l'industria statunitense, per timore che agli interessi della grande impresa sarebbero stati dedicate attenzioni predominanti a scapito delle necessità della Piccola.

(7) La disciplina è contenuta nel *Regulatory Flexibility Act*. Secondo le stime prodotte la regolamentazione federale costa per addetto il 45% di più alle piccole imprese di quello che costa alle grandi, mentre risulta che l'attività dell'Office ha ridotto i costi dell'impatto della regolamentazione di 6,62 miliardi di dollari ed ha assicurato risparmi annuali alla Piccola Impresa di 965 milioni di dollari.

(8) Public Law 95-507 del 1978, che ha emendato lo *Small Business Act* del 1958 incorporando previsioni in materia di *set-asides*, Executive Order 11458.

(9) Uno studio recente ha mostrato tutta la vulnerabilità delle PMI europee nel settore degli appalti pubblici (Commissione europea, *The Access of SMEs to public procurement contracts*, Final Report, Report on Access).

piccole e medie imprese nel mercato comune (10). Gli Stati membri in generale hanno in passato più volte utilizzato il loro potere negoziale per perseguire determinati obiettivi industriali e sostenere l'industria nazionale. Oggi la Comunità europea intende favorire lo sviluppo delle PMI compatibilmente con gli altri obiettivi dell'Unione, la tutela del mercato unico e il *framework* di principi e regole di diritto che ne assicurano il buon funzionamento (11).

In estrema sintesi, le ragioni a sostegno dell'opportunità di incrementare la partecipazione delle PMI nel mercato dei contratti pubblici sono sostanzialmente due. La prima riguarda i vantaggi che ne possono derivare per l'intero sistema dei contratti pubblici: le PMI, infatti, hanno una capacità di innovazione maggiore in considerazione del fatto che risultano più dinamiche e creative rispetto alle grandi, data la loro semplicità organizzativa e l'assenza di una struttura burocratica che consente loro di essere più flessibili e rispondere più velocemente ai bisogni del mercato. La seconda riguarda il potenziale incremento quantitativo e qualitativo di concorrenza nei contratti pubblici, che può essere determinato dall'ingresso nel mercato di questi operatori, che offrono spesso prodotti e servizi migliori. Ne consegue che viene rafforzata l'attività economi-

(10) La Commissione e il Consiglio hanno sottolineato l'importanza delle PMI per l'economia europea, l'importanza di un loro contributo per rafforzare la competitività nel mercato e la necessità di adottare iniziative il più possibile diffuse in Europa per sostenere la crescita e lo sviluppo (Consiglio europeo, Risoluzione sul programma di azione per le PMI, GU 1986 n. C287/1; Commissione Europea, Bozza di risoluzione del Consiglio sul programma di azione per le PMI, COM (86) 445; Consiglio Europeo, decisione 89/490/CEE sullo sviluppo del *business* ambientale e la promozione dello sviluppo delle imprese, in particolare le PMI nella Comunità, GU n. 239/33 del 1989; Commissione Europea, Comunicazione sullo sviluppo del programma integrato a favore delle PMI, COM (94) 207; Risoluzione del Consiglio sul coordinamento delle attività della Commissione europea a favore delle PMI, GU n. C130/1 del 1996; Consiglio europeo, Carta europea per le PMI, Decisione 2000/819/CE, GU n. L333/84 del 2000).

(11) Vale la pena ricordare l'adozione da parte della Commissione europea nel 2005 del *Modern SME policy for growth and employment*, con l'obiettivo di assicurare il coordinamento di tutti gli aspetti delle politiche comunitarie a sostegno delle PMI e la piena valutazione delle necessità delle PMI. Nel 2006 il Consiglio ha disegnato 5 specifiche azioni chiave: la creazione di *one-stop shops* per sostenere lo *start up* aziendale; l'adozione della massima *Think small first* come linea guida; la promozione dell'iniziativa imprenditoriale; un più facile accesso per le PMI ai contratti pubblici; la semplificazione dell'assunzione del primo dipendente. Nel 2007, la Commissione ha osservato che la « politica moderna a favore delle PMI » lanciata nel 2005 ha iniziato a produrre dei primi risultati e ha manifestato la propria volontà a porre ancora maggiore enfasi sulle PMI nel contesto di un nuovo ciclo della strategia di crescita e lavoro 2008-2010.

ca a livello locale, promossa la coesione sociale ed economica e creati nuovi posti di lavoro (12).

Negli ultimi tempi si registra una forte attenzione delle istituzioni europee sulla tutela della piccola impresa europea, sui temi della regolamentazione e sul tema degli appalti pubblici. La nuova strategia della Commissione a favore delle PMI si fonda sul principio *Think small first* secondo cui è necessario, oltre che opportuno, preoccuparsi in primo luogo del *piccolo* al fine di agevolare l'esistenza e lo sviluppo nell'ambiente imprenditoriale (13). Tra le problematiche sollevate dalle PMI europee intervistate in sede di elaborazione dello *Small Business Act for Europe* si evidenziano un'informazione inadeguata; oneri amministrativi eccessivi; un lasso di tempo troppo breve per redigere l'offerta; requisiti finanziari e certificazioni richieste troppo stringenti; una dimensione dei contratti troppo ampia (14). Oggi i principali obiettivi perseguiti sono di ridurre i costi amministrativi; semplificare e accelerare le procedure; migliorare l'accesso al mercato delle PMI e aumentarne la competitività. L'esito dipende essenzialmente dall'impegno di tutte le istituzioni coinvolte, comunitarie, nazionali e regionali (15).

(12) Tra gli altri M. BIRGI, *SME and Procurement Law, Europea Legal Framework and German Experiences*, in *Public Procurement Law Review*, 16, 2007, 284; A. ERRIGE, *Involvement of SMEs in Public Procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 7, 1998, 37; E.M. O'BRIEN, *Public Procurement and Small or Medium Size Enterprise*, in *Public Procurement Law Review*, 2, 1993, 82.

(13) Il rispetto del *Think small first principle* dovrebbe assicurare che le proposte legislative siano tutte valutate in considerazione del loro impatto sulle PMI e, dove necessario, adattate nell'interesse delle PMI stesse. Nella Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e sociale e al Comitato delle Regioni del 4 ottobre 2007, *Small and medium-sized enterprises - Key for delivering more growth and job. A mid-term review of Modern SME policy*, COM (2007) 592 final, si ricorda che le PMI costituiscono la spina dorsale dell'economia comunitaria, per questo la politica delle PMI è divenuta un elemento chiave del patto di Lisbona del 2005 rafforzata nelle conclusioni del Consiglio europeo nel marzo 2006.

(14) Un punto quest'ultimo, di crescente rilevanza, anche in considerazione dello sviluppo di centrali di committenza.

(15) In questo ambito l'Unione europea è consapevole che l'ambiente locale esercita un notevole effetto sulle piccole imprese. La maggior parte delle PMI, infatti, concentra le attività nella propria regione. Inoltre, le politiche a sostegno e rinforzo della competitività economica vengono decise e attuate con sempre maggiore frequenza proprio a livello locale e regionale. L'Unione europea riconosce l'importanza delle regioni in questo campo e ha elaborato una serie di strumenti volti a stimolare lo sviluppo regionale, appoggiare iniziative di attori locali e promuovere il *networking* tra le varie regioni dell'Unione europea: questi strumenti, nelle intenzioni della Commissione dovrebbero stimolare l'imprenditorialità, aiutando a sostenere le nuove imprese e a rendere le PMI più competitive (Commissione europea, Libro verde 1996, p. 4). Nello stesso senso COMMISSIONE EUROPEA, *Le PMI al primo posto, European Portal for*

D'altro canto, la Commissione europea ha chiarito che nel contesto del *public procurement* l'esigenza di incoraggiare la partecipazione delle PMI al mercato dei contratti pubblici dovrebbe essere conciliata con l'obiettivo della legislazione comunitaria di assicurare, per quanto possibile, che tutte le imprese, grandi e piccole, abbiano uguale accesso alle procedure di affidamento e che le misure adoperate per rafforzare la posizione delle imprese piccole risultino non discriminatorie rispetto alle grandi imprese (16). Per questo suscitano perplessità tutte quelle politiche che discriminano in favore delle PMI, così come la previsione di contratti riservati, i c.d. *set-asides* o i meccanismi di preferenza regionale, mentre risultano preferibili quei sistemi in grado di facilitarne la partecipazione alle procedure di affidamento e di ridurre in generale i costi amministrativi (17).

Come noto le fonti della disciplina dei contratti pubblici sono rinvenibili a livello di diritto comunitario primario — principi generali contenuti nel Trattato, desumibili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e i principi generali del diritto uniformemente riconosciuti e di portata globale —, nelle principali direttive comunitarie in materia (18) e nella disciplina nazionale (19). Tradizional-

SMEs; COMMISSIONE EUROPEA, *Public procurement: Aspetti regionali e sociali*, COM (89) 400 final).

(16) COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione al Consiglio, *Promuovere la partecipazione delle PMI al public procurement nella Comunità*, COM (90), 166 final, p. 2 e 3.

(17) Nel Libro verde del 1996 la Commissione ha indicato come questione chiave proprio l'esigenza di determinare come è possibile dare applicazione alla normativa sui contratti pubblici e nel contempo implementare le politiche europee sulle PMI.

(18) Per un rinvio alla letteratura europea tra gli altri BOVIS, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham/Northampton, 2008; HEBLY, *European Public Procurement: Legislative History of the Utilities Directive 2004/17 EC*, Kluwer Law International, 2008; DE KONINCK, RONSE, *European public procurement law: the European public procurement directives and 25 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities: texts and analysis*, Kluwer Law International, 2008; BOVIS, *EC public procurement law: case law and regulation*, Oxford University Press, 2006; HJELMBORG, JAKOBSEN, POULSEN, *Public procurement law: the EU directive on public contracts*, Djøf Pub., 2006; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, London, 2005; G. GRUBER, T. GRUBER, MILE, SACTIS, *Public Procurement in the European Union*, Intersentia, 2006; NIELSEN, TREUMER, *The new EU public procurement directives*, Djøf Pub., 2005.

(19) In Italia la disciplina in materia è oggi contenuta del Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, seguito dal regolamento di attuazione approvato dal Consiglio dei Ministri il 18 giugno 2010. Esiste una vasta letteratura sul tema. Tra le principali opere monografiche e commentari, V. CUFFARO e C. FRANCHINI, *I contratti di appalto privato e pubblico*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Pietro Rescigno e Enrico Gabrielli, Utet, 2010; M. CLARICHI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010; C. FRANCHINI,

mente in letteratura si distinguono tre categorie di *procurement*: fuori dal Trattato; nel Trattato ma fuori dalle direttive comunitarie; nelle direttive comunitarie. La scansione si riferisce alla riconducibilità della disciplina a fonti diverse del diritto comunitario, rispettivamente primario e secondario (20). A questo si aggiunge, come ricordato, l'attività interpretativa della Corte di giustizia, cui è riconosciuto nel diritto comunitario lo stesso valore della disciplina contenuta nel Trattato.

In generale il Trattato non impone obbligazioni positive e dettagliate per l'affidamento dei contratti. La legislazione secondaria nella forma delle direttive comunitarie fu ritenuta necessaria per dare attuazione alle norme contenute nel Trattato, in particolare per rimuovere alcune barriere di accesso al mercato e per facilitarne l'accesso (21). Le nuove direttive sui contratti pubblici, approvate nel 2004 dal Parlamento Europeo e dal Consiglio dei Ministri dell'Unione europea, 2004/17/CE e 2004/18/CE, vanno nella direzione di semplificare e modernizzare le procedure di affidamento (22).

F. TEDESCHINI (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2009; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2009; M. BALDI, R. TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice dei contratti*, Milano, 2009; R. DE NICTOLIS, *I riti speciali degli appalti pubblici: alla luce dell'art. 20, commi 8 e 8-bis, d.L. 29 novembre 2008 n. 185, conv. in l. 28 gennaio 2009 n. 2*, Roma, 2009; A. CARULLO, G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2009; G. F. CARTEI, *Responsabilità e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008; A. CANCRINI, V. CAPUZZA, *Lezioni di legislazione delle opere pubbliche*, Roma, 2009; A. M. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; M. SANINO (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, Padova, 2008; M. SANINO (a cura di), *Commento al codice dei contratti pubblici relativo a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2008; F. SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008; S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 2008; P. URBANI, L. PASSERI, *Guida al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2008; C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2007; C. GIURDANELLA, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2007; A. MASSARI, M. GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, 2007; M. GENTILE-A. VARLARO SINISI, *Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, 2007.

(20) S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *EC regulation of procurement*, in S. ARROWSMITH and P. KUNZLIK, *Social and environmental policies in EC procurement law*, Cambridge, 2009, 55 ss.

(21) Tra le prime direttive di coordinamento in materia di *public procurement* si ricordano le direttive 71/305, 77/62, il libro bianco del 1992 sul completamento del mercato interno, cui sono seguite le direttive 93/36/CEE, 93/37/CEE, 92/50/CEE, 90/531/CE, 93/38/CE, 89/665/CE e 92/13/CE.

(22) Ciascuna comprende diversi settori, lavori, servizi e forniture, semplificando il regime, modernizzando, incorporando alcuni principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di

L'art. 2 della direttiva 2004/18/CE (23), dedicato ai principi di aggiudicazione degli appalti, opera un formale riconoscimento dei principi di parità di trattamento e trasparenza stabilendo formalmente che « le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza ». In realtà, le direttive non forniscono un insieme esaustivo di regole in materia di *public procurement*. Gli Stati membri emanano regole addizionali e, ad esempio, possono prevedere procedure di affidamento più restrittive rispetto a quelle delle direttive. Queste regole possono includere norme nazionali sulle politiche orizzontali. Nonostante la natura non esaustiva della disciplina contenuta nelle direttive, tuttavia, nella realtà oggi la discrezionalità degli Stati membri è sostanzialmente limitata e tende a diminuire (24). Mentre quello originario era un sistema di armonizzazione negativa, nel quale la regola primaria — non discriminazione in base alla nazionalità —, era supportata da norme secondarie finalizzate ad assicurare trasparenza, il regime si è evoluto verso un sistema di armonizzazione positiva che limita la discrezionalità nazionale nell'implementare le politiche orizzontali.

In data 29 maggio 2008 il Comitato economico e sociale europeo ha adottato un parere sul tema degli appalti pubblici internazionali. Il documento affronta anche la questione posta dalla previsione di meccanismi di protezione da parte di alcuni Stati, tra cui gli Stati Uniti con il *Buy American e lo Small Business Act*, che prevede una riserva del 25% degli appalti pubblici federali alle PMI statunitensi. Il Comitato sostiene che, se da un lato può essere invocato il principio di reciprocità, tuttavia non si possono adottare misure protezionistiche simili perché risulterebbero di ostacolo al perseguimento

giustizia e introducendo previsioni espresse come le previsioni in tema di *electronic procurement*.

(23) La direttiva comunitaria 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, è stata emanata con il principale obiettivo di aggiornare e razionalizzare le norme comunitarie preesistenti in materia di appalti pubblici ha introdotto importanti novità nel settore. La direttiva raccoglie in un unico testo normativo le direttive 92/50/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi e 93/37/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. L'obiettivo è di dare risposta ad esigenze di semplificazione e di modernizzazione formulate dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli operatori economici nell'ambito del processo di riflessione sul tema avviato dal libro verde della Commissione europea.

(24) Cfr. S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *op. cit.*, 85.

dell'obiettivo generale europeo di apertura dei mercati alla concorrenza (25). Il parere sembra sostenere l'idea di escludere temporaneamente dall'Accordo sugli appalti pubblici quegli appalti finanziati con fondi europei, relativamente alle imprese dei paesi che mantengono misure di protezione nazionali.

La Commissione europea intende fornire un ulteriore stimolo agli Stati membri nel senso di migliorare gli scambi e sviluppare delle pratiche di favore nei confronti delle PMI. Gli appalti pubblici coprono un'ampia categoria di lavori, servizi e forniture richieste dalle pubbliche amministrazioni statali, autorità locali e organizzazioni pubbliche. La dimensione di tali contratti varia enormemente e molti risultano ampiamente fuori portata per le imprese di dimensioni modeste, nonostante una porzione significativa delle opportunità offerte dagli appalti pubblici in Europa rientri pienamente nei loro scopi.

Il mercato degli appalti pubblici rappresenta una grande opportunità per le PMI. Ciononostante, anche quando il valore del contratto è della dimensione appropriata esistono molte barriere che le scoraggiano. Per molte di loro, infatti, partecipare ai bandi di gara pubblici è ancora complicato: esse faticano a reperire informazioni sul loro svolgimento, difettano dell'esperienza necessaria per redigere un capitolato e delle risorse sufficienti per rispondere al bando nei tempi richiesti, incontrano difficoltà a soddisfare tutti i requisiti amministrativi, le procedure amministrative risultano spesso troppo complesse o sono richiesti particolari certificazioni, spesso è richiesta una garanzia finanziaria molto alta. Molte aziende, inoltre, sono discriminate per il fatto di trovarsi in un paese diverso rispetto a quello dove a sede l'autorità pubblica. Una delle priorità della Commissione è quella di stimolare la definizione di misure, a livello nazionale e comunitario, che permettano di ottenere condizioni eque per tutti i partecipanti ai bandi di gara pubblici. Nonostante le suddette difficoltà siano oramai ampiamente condivise, sono richiesti

(25) Vale la pena ricordare che il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti in questi settori è tra le altre cose stato legato al carattere chiuso dei mercati in cui operano, dovuto alla concessione da parte degli Stati membri di diritti speciali o esclusivi, per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono il servizio in gestione. La Corte costituzionale ha al riguardo osservato che in questi settori viene in rilievo un altro aspetto relativo alla tutela della concorrenza: l'esigenza di prevedere misure di liberalizzazione dei settori citati, finalizzata a garantire la graduale e completa apertura dei mercati alla libera concorrenza (Corte costituzionale, sent. n. 401 del 23 ottobre 2007).

ancora sforzi significativi per cambiare la pratica oltre che la disciplina delle norme in materia sugli appalti pubblici in Europa.

3. I PRINCIPI DI TRASPARENZA, NON DISCRIMINAZIONE E PARITÀ DI TRATTAMENTO NEL DIRITTO E NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA.

L'obiettivo della Comunità di migliorare gli scambi e adottare misure per sviluppare pratiche che facilitino la partecipazione delle PMI al mercato dei contratti pubblici non può prescindere dalla disciplina comunitaria in materia di procedure di affidamento ed evidenza pubblica (26). La selezione del contraente dell'amministrazione deve sempre avvenire nel rispetto dei principi di parità di trattamento e di concorrenza e degli altri principi fondamentali (27)

(26) Vale la pena ricordare che secondo la dottrina tradizionale l'evidenza pubblica è intesa come un insieme di accorgimenti (procedimenti, controlli) volti ad assicurare la conoscibilità e la controllabilità delle ragioni di interesse pubblico perseguite dalle amministrazioni (M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 459 ss.). Più di recente la dottrina si è occupata di evidenza pubblica in relazione all'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni: S.G. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in *I contratti di appalto privato e pubblico*, a cura di V. Cuffaro e C. Franchini, in *Trattato dei contratti*, diretto da Pietro Rescigno e Enrico Gabrielli, Utet, 2010, 289 ss.; S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Utet, 2007, 257 ss.; G. DELLA CANANEA, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in C. Franchini, (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., 381 ss.; MASSERA, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, Milano, 2003, 1571 ss.; C. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 35 ss.; SEPE, *Contratto della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1958; ROEHRSEN DE CAMMERATA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna 1961. Per un'analisi accurata della disciplina comunitaria si rinvia a S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, cit.

(27) Per alcune riflessioni sui principi generali applicabili tra gli altri S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 35, nonché *Diritto amministrativo europeo. casi e materiali*, a cura di E. CHITI, C. FRANCHINI, M. GNES, M. SAVINO, M. VERONELLI, Milano, Giuffrè, 2005; G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2008; G. FERRARI, *Principi relativi ai contratti esclusi*, in *Codice degli appalti pubbl.*, a cura di R. Garofoli, R. Ferrari, cit., 241; M. P. CHITI, *I principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, cit., 2008, 145; ID., *L'ambito di applicazione dell'art. 2. I principi per i contratti esclusi*; CERULLI IRELLI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006; G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 2003, nonché, in generale, C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 651 ss., e ID., *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in questa *Rivista*, 2003, 1037 ss.; A. VACCA, *Concorrenza nel diritto comunitario, principi di diritto primario e contratti atipici stipulati dalla PA*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2007, 2, 243; F. CORTESE, *Evidenza pubblica, potere amministrativo e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 2, 183; S. TESCAROLI, *Principi comunitari in materia di appalti*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2001, 2, 189.

previsti dal Trattato e di quelli riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (28).

La Commissione europea ha chiarito che, anche in assenza di una specifica normativa di diritto comunitario derivato nell'affidamento a un terzo, l'autorità pubblica deve sempre e comunque rispettare le norme del Trattato in materia di libera prestazione dei servizi, diritto di stabilimento e i principi fondamentali da questo derivanti, principalmente quello di non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità, trasparenza, concorrenza (29). Ciò trova conferma nel considerando n. 2 della direttiva 2004/18/CE (30).

Come noto le direttive sui contratti pubblici mirano principalmente a garantire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza (31). Tale obiettivo viene perseguito da un lato attraverso il rispetto dei già richiamati principi del Trattato, dall'altro, attraverso la previsione di un quadro normativo di riferimento uniforme che garantisca l'adozione di procedure di affidamento omogenee nei singoli Stati membri. D'altra parte, l'effettiva concorrenza nel mercato dei contratti pubblici dovrebbe garantire una maggiore offerta, anche da parte di imprese di differenti nazionalità, con il conseguente miglioramento della qualità delle stesse offerte e l'abbattimento dei costi per le amministrazioni aggiudicatrici.

In materia di accesso alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici, il valore della libertà d'impresa e del diritto di iniziativa economica si manifesta essenzialmente attraverso la previsione di un sistema di regole chiare e puntuali secondo moduli che garantiscono

(28) Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle politiche comunitarie, Circolare 1 marzo 2002, n. 3944, Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori, *GU* 3 maggio 2002, n. 102. La Corte ricorda che sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato. Pertanto, la normativa interna in materia eventualmente in contrasto con i suddetti principi, sia pure dopo un tentativo di interpretazione conforme, deve ritenersi in contrasto con il diritto comunitario e il giudice nazionale è tenuto a disapplicarla (Corte giust., 3 dicembre 2001, causa 59/00).

(29) COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sul Partenariato Pubblico Privato*, 2004.

(30) La direttiva 2004/18/CE persegue il fine di assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza anche attraverso « regole dettagliate » finalizzate a garantire procedure di gara concorrenziali a livello della Unione Europea (COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione interpretativa* del 1 agosto 2006 relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non disciplinate o disciplinate solo parzialmente dalle direttive appalti).

(31) Commissione europea, *Comunicazione interpretativa* relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive « appalti pubblici », del 1° agosto 2006.

la più ampia partecipazione dei soggetti economici e riducono gli spazi di discrezionalità delle singole amministrazioni. In particolare, la trasparenza delle informazioni fornite al mercato, assicurata attraverso adeguate forme di pubblicità, è finalizzata ad una effettiva messa in concorrenza degli operatori interessati. Si vuole sostanzialmente fare in modo che negli ordinamenti nazionali degli Stati membri l'aggiudicazione degli appalti pubblici (degli Stati, degli enti pubblici territoriali e degli altri organismi di diritto pubblico) divenga più omogenea e rispetti i principi del Trattato in materia di libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza (32). I principi comunitari fondamentali rilevanti in materia di affidamento di appalti e concessioni sono riassunti nella Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 12 aprile 2000, ripresi nella circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 1 marzo 2002, n. 344 (33). Tra quelli che vengono in rilievo nel dibattito citato si evidenziano i principi di non discriminazione, di parità di trattamento e di trasparenza.

Il principio di parità di trattamento risulta connesso con quello di non discriminazione in base alla cittadinanza. Quest'ultimo, secondo la Corte di giustizia, costituisce un'espressione specifica del principio generale di uguaglianza e uno dei principi fondamentali del diritto comunitario: esso impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata (34). Come è stato evidenziato è il divieto di ogni discrimi-

(32) Corte giust., 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99. Il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ha, inoltre, come ulteriore e specifico obiettivo la protezione degli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro. Si vuole sostanzialmente evitare che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti. Il perseguimento di tali finalità, peraltro, è garantito dal rispetto, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, dei principi di parità di trattamento degli offerenti, di trasparenza, del divieto di discriminazione in base alla nazionalità.

(33) Si tratta, in particolare, del principio di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità.

(34) Corte giust., 8 ottobre 1980, causa 810/79, caso *Uberschar*. Il diritto comunitario vieta gli accordi tra imprese intesi a fissare i prezzi o a ripartire i mercati. La Commissione controlla il livello degli aiuti di Stato concessi alle imprese dai Governi degli Stati membri. Essa verifica non soltanto le forme classiche di aiuto, come i prestiti e le sovvenzioni, ma anche le agevolazioni fiscali, la fornitura di beni e di servizi a tariffe agevolate e le garanzie sui prestiti,

nazione effettuata in base alla nazionalità ad aver costituito, storicamente, la condizione essenziale per realizzare uno « spazio » giuridico in cui il fattore nazionale, particolarmente influente nel recente passato degli Stati europei, non avesse più un simile rilievo (35). La parità di trattamento costituirebbe un'applicazione del divieto di discriminazione in base alla nazionalità (obbligazione negativa) (36), ma di portata più ampia in quanto consente la valutazione della discriminazione in base a criteri diversi (obbligazione positiva). Infatti, esso vieta non soltanto le discriminazioni palesi per ragioni di cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze (37). La sua definizione, comunque, non è soltanto in negativo, in quanto divieto di discriminazione, ma anche in positivo, come obbligo di definizione di regole del gioco chiare ed eque, definite e rese pubbliche con modalità tali da porre i potenziali concorrenti di una gara nella stessa condizione di partenza e applicabili in modo uniforme, al fine di rendere *effettivo* il mercato della concorrenza (38). Ciò implica non solo la fissazione di condizioni di accesso non discriminatorie all'attività economica, ma anche l'adozione da parte delle autorità pubbliche di ogni misura adatta a

le quali conferiscono all'impresa che riceve il prestito vantaggi sotto il profilo del rischio di credito. È comunque ammessa la concessione di un aiuto temporaneo nei casi in cui vi sia la reale possibilità che l'impresa in difficoltà possa alla fine diventare più competitiva. Gli aiuti a favore della ricerca e dell'innovazione, dello sviluppo regionale o delle piccole e medie imprese soddisfano spesso i criteri per l'autorizzazione, in quanto si tratta di aiuti destinati a sostenere gli obiettivi generali dell'Unione europea.

(35) G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 21.

(36) In tal senso Corte giust., 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, *Metalgesellschaft e a.*; 17 gennaio 2008, causa C-105/07, *Lammers & Van Cleeff*.

(37) Corte giust., 13 luglio 1993, causa 330/91, caso *Commezbank*. Nello stesso senso si era espressa anche precedentemente in Corte giust., 3 febbraio 1982, cause riunite 62 e 63/81, caso *Seco e Desquenne*.

(38) Il procedimento concorrenziale svolge la funzione di garantire l'imparzialità delle scelte dell'amministrazione e la selezione dell'offerta « migliore » per la pubblica amministrazione e nell'interesse pubblico che l'amministrazione è tenuta a perseguire, in quanto si assume che con la messa in concorrenza di tutte le offerte potenziali su un dato progetto e il rispetto del principio di parità di trattamento, il sistema selezioni quella migliore. Ulteriori effetti della concorrenza sono la riduzione del margine di profitto dell'aggiudicatario finale, sia in termini di prezzo corrisposto dall'amministrazione, sia in termini di proventi della gestione, anche con riferimento alla durata della stessa. In tal senso l'esperibilità di procedure ad evidenza pubblica risulta finalizzato anche a selezionare l'offerta economicamente più vantaggiosa per la pubblica amministrazione.

garantire l'esercizio di tale attività (39). Ciò vale anche nel settore dei contratti pubblici con riferimento a tutti gli operatori economici a prescindere dalle dimensioni.

Si osserva che la nozione di parità di trattamento adottata dalla Corte di giustizia è andata ampliandosi nel tempo al punto da ricomprendere e riassorbire nella disciplina del Trattato anche fattispecie che non si traducono specificamente in ostacoli al mercato, in quanto vanno oltre la mera discriminazione in base alla nazionalità (40). Un'accezione più ampia del principio di non discriminazione emerge dalla giurisprudenza comunitaria. Infatti, più di una volta i giudici hanno garantito la parità di trattamento tra i soggetti privati, a prescindere dall'appartenenza all'uno o all'altro paese, facendo riferimento in alcuni casi al divieto di discriminazione, a volte al principio di uguaglianza, come principio comune alle tradizioni costituzionali dei paesi membri (41). Se, come chiarito dalla Corte, l'obiettivo del principio citato è di assicurare lo sviluppo di una concorrenza effettiva che conduce alla selezione della migliore offerta (42), ne deriva il divieto di trattare in modo difforme imprese che si trovino nella stessa condizione ovvero in una *posizione comparabile*. A tale riguardo, può sostenersi che le condizioni di partenza tra imprese grandi e piccole nel mercato del *public procurement* non possono considerarsi situazioni comparabili, perché le PMI soffrono di uno svantaggio competitivo. Ne deriva che l'eventuale previsione di regole diverse basate su caratteristiche specifiche dei soggetti coinvolti nell'affidamento dei beni e/o dei servizi determinano situazioni precipue non comparabili e pertanto non violano il principio di parità di trattamento. Questo ragionamento, supportato dall'interpretazione di alcuni casi giurisprudenziali, viene utilizzato per sostenere la compatibilità con il diritto comunitario di alcune misure e politiche proposte a sostegno delle PMI nel settore dei contratti pubblici (43).

(39) Corte giust., 26 febbraio 1992, causa 357/89, caso *Raulin* e 7 luglio 1992, causa 295/90, *Parlamento c. Consiglio*.

(40) S. ARROWSMITH, *Application of the EC Treaty and directives*, in S. ARROWSMITH and P. KUNZLIK, *Social and environmental policies in EC procurement law*, Cambridge, 2009, 147 ss.

(41) G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 21.

(42) Corte giust. CE, (*Storebaelt*).

(43) Il ragionamento è argomentato anche con il rinvio ad alcuni casi giurisprudenziali in S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Social and environmental policies in EC procurement law*, Cambridge, 2009, 147 ss.

L'obbligo di trasparenza deriva sostanzialmente dai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità (parte seconda del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, art. 18, ex artt. 12, 43 e 49 del Trattato CE). La Corte di giustizia ha affermato che il principio di trasparenza deriverebbe dalla regola di non discriminazione in base alla nazionalità (obbligazione negativa) (44), ma in pronunce successive ha sostenuto si tratti di una manifestazione del più ampio principio di parità di trattamento (obbligazione positiva). Il tema è controverso in letteratura (45) ed esistono molte incertezze che rendono poco chiaro anche il reale impatto sul mercato. C'è poca chiarezza sul contenuto del principio di trasparenza previsto dal Trattato, sui contratti cui si applichi (46), i contratti concernenti i servizi inclusi nell'allegato B (47), gli stessi requisiti di pubblicità. Resta da chiarire se la trasparenza includa altre obbligazioni (48).

La giurisprudenza comunitaria ha in più occasioni sostenuto che la disciplina del Trattato sul divieto di discriminazione in base alla cittadinanza non si applica alle situazioni meramente interne ai singoli Stati membri, incluse quelle riguardanti i contratti pubblici (49), ma recentemente la stessa ha eroso questo principio alla ricerca di un elemento *cross-border*, ad esempio invocando il diritto dei potenziali utenti dei servizi posti fuori dallo Stato membro in questione (50). La Corte ha seguito nel tempo impostazioni diverse fino ad affermare che il principio di parità di trattamento si applica

(44) Corte giust., causa C-324/98, *Teleaustria*.

(45) S. ARROWSMITH, *op. cit.*; P. BRAUN, *A matter of principle(s): the treatment of contracts falling outside the scope of the European Public Procurement Directives*, in *Public procurement law review*, 2000, 39 ss.; E. HORDIUK, M. MEULENBELT, *A bridge too far: why the European Commission's attempt to construct an obligation to tender outside the scope of the public procurement directives should be dismissed*, in *Public procurement law review*, 2005, 123 ss.; A. BROWN, *Seeing through transparency: the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC Treaty*, in *Public procurement law review*, 2007, 274 ss.

(46) Corte giust., causa C-324/98, *Teleaustria*; Id., *Commissione c. Repubblica di Finlandia*, causa C-195/04.

(47) Corte giust., 13 novembre 2007, *Commissione c. Irlanda, An Post*, causa C-507/03. La Corte afferma che la trasparenza si applica a tali contratti solo se sia possibile dimostrare che essi siano di interesse transfrontaliero. Resta comunque non chiaro come questa regola operi in relazione ai diversi tipi e valori dei contratti inclusi nell'elenco di cui all'allegato B e alle diverse circostanze.

(48) Corte giust., caso *Brown*.

(49) Per tutti Corte giust., caso *Ri.SAN*, C-108/98.

(50) Corte di giust., causa C-352/85 *Bond van Adverteerdes*; Id., causa C-51/96; Id., *Deliege c. Ligue Francophone de Judo et Disciplines Associes*, C-191/97.

anche in assenza di una reale discriminazione in base alla nazionalità. La difficoltà concettuale di attenersi ad un dovere/obbligo di trasparenza derivante da una regola o principio di non discriminazione, obbligazione meramente negativa, ha indotto la Corte a ricercare un'accezione diversa di trasparenza derivante da un più ampio principio di parità di trattamento.

L'obbligo di trasparenza incombe anche sulle autorità pubbliche che concludono contratti esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive nn. 17 e 18. Spetta comunque ai singoli Stati membri garantire la salvaguardia dei diritti che i soggetti possono vantare in base all'obbligo di trasparenza, di modo da rispettare i principi di effettività ed equivalenza. In ogni caso, comunque, poiché trattasi di un principio derivante dal diritto dell'Unione, ad esso, unitamente al principio di non discriminazione e di parità di trattamento da cui deriva, è riconosciuto effetto diretto nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri (51).

Si tratta di chiarire come la politica della Commissione europea a sostegno delle PMI, che si espliciti nella previsione di meccanismi di agevolazione nell'accesso ai contratti pubblici, possa conciliarsi con i principi citati. È possibile prevedere norme che favoriscano le PMI in sede di aggiudicazione di un appalto? Nel caso, potrebbero essere introdotte in sede di revisione delle direttive comunitarie? Può una stazione appaltante riservare l'affidamento di determinati contratti alle PMI? È possibile imporre l'obbligo di subappalto all'impresa aggiudicataria a favore di imprese di dimensioni minori? Esistono misure in grado di rendere le procedure più sensibili alle peculiarità delle PMI? È possibile concepire un ufficio che si occupi istituzionalmente di lavorare perché le PMI siano favorite nell'aggiudicazione rispetto alle grandi?

Il paragrafo successivo tenta di dare risposta ad alcuni di questi interrogativi, proponendo una riflessione sulla compatibilità di queste ed altre misure con il diritto e la giurisprudenza comunitaria. Il punto di partenza è la nozione, i contenuti, i limiti e le possibili applicazioni del principio di parità di trattamento. A ben vedere la parità di trattamento invocata dal diritto e dalla giurisprudenza comunitaria si pone come un obiettivo tendenziale che presuppone pari condizioni di partenza tra gli operatori economici. Ed è solo

(51) Corte giust., 13 aprile 2010, cit.

assicurando condizioni di partenza eguali, e cioè eliminando le disparità e i pregiudizi che impediscono l'accesso al mercato ad alcuni operatori economici, che è possibile realizzare un'effettiva concorrenza per il mercato. Come ricordato dalla Corte, le autorità pubbliche sono tenute ad adottare ogni misura adatta a garantire l'esercizio dell'attività economica a tutti gli operatori economici. Agli Stati membri e alle autorità pubbliche nazionali è, dunque, richiesto non solo un comportamento passivo di non discriminazione, ma anche un comportamento attivo e propositivo, che stimoli l'esercizio dell'attività economica. Le misure che possono essere adottate per perseguire tale obiettivo possono essere diverse. Esse ricomprendono tutti i meccanismi che favoriscano l'esercizio dell'attività economica da parte delle PMI, consentendo loro di colmare la distanza (in termini di carenza informativa, di esperienza, di risorse e altro), che le separa dagli operatori economici di dimensioni più elevate e di assicurare quella parità di condizioni che, sola, è in grado di garantire una reale concorrenza. La concorrenza, infatti, costituisce il fondamento e la stessa ragion d'essere del diritto comunitario perché funzionale al buon funzionamento del mercato. Non basta imporre un generico divieto di discriminazione per assicurare un mercato libero; è necessario garantire a tutti gli operatori economici, anche se piccoli, di poter partecipare al mercato dei contratti pubblici e competere effettivamente.

4. LE POSSIBILI MISURE A SOSTEGNO DELLE PMI: COMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO COMUNITARIO.

Le politiche industriali adottate nei singoli Stati membri vengono solitamente ritenute in contrasto con la disciplina comunitaria in materia di concorrenza perché restringono il libero mercato e sono di natura economica. D'altro canto, parte della dottrina sostiene l'opportunità di distinguere fattispecie diverse (52).

Infatti, le politiche che si traducono in semplice protezionismo, di mero supporto all'industria nazionale contro la concorrenza straniera risultano evidentemente in contrasto con le regole sulla libera circolazione e la concorrenza, in quanto si traducono in restrizioni

(52) S. ARROWSMITH, *Application of the EC Treaty and directives*, in S. ARROWSMITH e P. KUNZLIK (a cura di), *Social and environmental policies in the EC Procurement law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 148 ss.

del mercato che non possono essere giustificate dal Trattato come requisiti di interesse generale (53). D'altro canto, alcuni sostengono la possibilità di individuare politiche che promuovono l'industria nazionale o parte di essa, ma che hanno un obiettivo ulteriore rispetto alla mera protezione dei lavori e dei profitti di un'impresa non competitiva. È il caso di alcune politiche ritenute compatibili con il principio di concorrenza basato su un vantaggio competitivo, come potrebbe essere il caso delle politiche a sostegno delle PMI e di quelle con vocazione sociale e politica, come quelle finalizzate a rimuovere ineguaglianze tra gruppi (54). A tale riguardo si sostiene che misure che favoriscono lo sviluppo dell'industria nazionale possono ritenersi giustificate se costituiscono mezzo per il perseguimento di un fine oggetto di giustificazione, come ad esempio ragioni di sicurezza nazionale (55).

La Corte di giustizia ha tuttavia chiarito che lo stesso sviluppo regionale non può essere di per se stesso ritenuto un obiettivo in grado di giustificare una restrizione al mercato (56). La pronuncia è stata oggetto di critiche (57), da chi ha osservato che la politica di sviluppo regionale può avere importanti obiettivi sociali ed è riconosciuta come una politica dell'Unione e dei singoli Stati membri ai sensi dell'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ex art. 87 Trattato CE), il quale prevede che la Commissione europea può autorizzare aiuti di Stato forniti per promuovere lo sviluppo economico di aree con *standard* di vita enormemente bassi e dove c'è serio rischio di sotto occupazione, anche se suscettibili di ostacolare o distorcere il mercato comune.

In generale, comunque, la giurisprudenza comunitaria ha più volte ribadito che le deroghe al Trattato e i requisiti di interesse generale non possono in alcun modo giustificare politiche di natura economica (58). Sono pertanto escluse tutte le politiche che deter-

(53) Tra gli altri Corte giust., *Commissione c. Denmark (Storebaelt)*, C-243/89.

(54) *Ibidem*, p. 150.

(55) Su questo punto si rinvia al caso Corte giust. CE, 1984, causa 72/83, *Campus Oil ltd c. Ministero dell'industria e dell'Energia (campus Oil)*.

(56) Corte giust., 1990, 21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA c. Unita Sanitaria Locale (Du Pont de Nemours)*.

(57) S. ARROWSMITH, *op. cit.*, 151-152.

(58) Sul punto si veda in particolare Corte giust. CE, 1961, causa C-360/89, *Commissione europea c. Italia*, in cui la Corte ha ritenuto contrarie al Trattato due previsioni normative italiane emanate a sostegno delle PMI e suscettibili di generale, secondo la Corte, fattispecie di discriminazione diretta e indiretta. Nello stesso senso Corte giust. CE, *Commissione c.*

minino una restrizione al mercato ed abbiano come fine ultimo lo sviluppo industriale, incluse quelle di promozione delle imprese di nuova costituzione, che preservano la concorrenza o supportano le PMI.

La giurisprudenza citata, peraltro, non ha sopito il dibattito circa la compatibilità con il diritto comunitario primario e derivato di una serie di misure in grado di sostenere lo sviluppo delle PMI e di favorirne la partecipazione nel mercato del *public procurement*. Si è sostenuto che se una certa politica può avere un impatto sullo sviluppo industriale, ciò non determina di per sé l'automatica preclusione di ogni giustificazione (59). Lo sviluppo delle PMI è un elemento importante delle politiche nazionali e comunitarie in grado di assicurare competitività. Pertanto, anche se suscettibili di limitare il mercato nel breve periodo, tali strumenti dovrebbero essere presi in considerazione per i loro meriti. Non tutte le politiche a sostegno dovrebbero essere escluse automaticamente, in quanto non sono in quanto tali sempre restrittive del mercato (60) e vi sono misure suscettibili di restringere il mercato in astratto, ma non discriminatorie, perchè in grado di produrre lo stesso impatto sulle imprese domestiche e su quelle straniere.

Tra le misure proposte si evidenziano i *set-asides*, misura adottata in alcuni paesi come gli Stati Uniti dove l'autorità pubblica decide di riservare alcuni contratti alle imprese di dimensioni inferiori alla soglia; la previsione da parte dell'autorità della possibilità di richiedere al contraente generale di subappaltare parte del lavoro ad imprese più piccole; la possibilità di dividere i lotti di modo da renderli accessibili con maggiore facilità anche alle imprese di ridotte dimensioni; altre misure in grado di rendere le procedure di affidamento più vicine alle esigenze delle PMI al fine di agevolarne la partecipazione (61).

Nederlands, 1991, causa C-353/89; Id., 1997, causa C-398/95, *Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxiidiolikon Grafeion c. Ypourgos Ergasias*.

(59) S. ARROWSMITH, *op. cit.* 156.

(60) N. HATZIS, *The legality of SME development policies under EC procurement law*, in S. ARROWSMITH, N. HATZIS, cit., 345 ss.; M. BURGI, *Small and Medium Size Enterprises and Procurement Law. Europea legal framework and German experiences*, in *Public procurement law review*, 2007, 16, 284 ss.

(61) Su questi temi tra gli altri S. ARROWSMITH, *The law of enforcement the public procurement rules*, 1993; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 1996; S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, cit.; R. W. CRANDALL, A. T. INGRAHAM, *The Adverse Economic Effects of Spectrum Set-Asides*, 2008;

4.1. *Il dibattito sui set-asides.*

Si tratta della misura più drastica che una stazione appaltante può adottare: determinati contratti vengono riservati alle PMI e ogni impresa di dimensione diversa da una certa soglia è esclusa dall'affidamento.

Da un punto di vista giuridico l'istituto del *set-asides* si sostanzia in una riserva a favore di operatori con determinati requisiti dimensionali. Al riguardo, vale la pena ricordare che nell'individuazione dei soggetti che possono partecipare alle gare d'appalto, la normativa comunitaria è da tempo informata al principio di libertà di forma giuridica. L'obiettivo è innanzitutto il superamento di ogni discriminazione tra imprese di diversa nazionalità e il reciproco riconoscimento delle forme giuridiche che le stesse possono assumere nei diversi Stati membri dell'Unione europea (62). Come chiarito dall'art. 4 della direttiva 2004/18/CE, a nessuno può essere preclusa la partecipazione alla gara solo perché, in base alla normativa dello Stato membro in cui dovrebbe essere aggiudicato l'appalto, avrebbe dovuto avere una determinata forma, sia come persona fisica che giuridica. Ne deriva una nozione ampia e fluida di operatore economico, come « persona fisica o giuridica o ente pubblico o raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi ». Il Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 163/2006, recepisce all'art. 3 comma 22 la nozione comunitaria di operatore economico, ma all'art. 34 introduce un'elencazione delle tipologie di soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici (63).

H. GORDON, S. RIMMER, S. ARROWSMITH, *The economic impact of the European union regime on public procurement: Lessons from WTO*, 1998; N. HATZIS, *The legality of SME development policies under EC procurement law*, 2008; S. MARTIN, K. HARTLEY, *Public procurement in the European union: issues and policies*, 1997.

(62) R. GRECO, *Soggetti cui possono essere affidati i contratti pubblici*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, 2009, 292 ss.; CARANTA, *Forma giuridica dei partecipanti alla gara e RTI*, in GAROFOLI, SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 558 ss.

(63) Tale elencazione ha posto problemi di compatibilità comunitaria con riguardo alla possibile esclusione di soggetti rientrerebbero nella nozione di operatore economico come è il caso degli enti pubblici. La questione è stata esplicitata dalla Commissione europea nella lettera di costituzione in mora del 20 gennaio 2008, che ha evidenziato il contrasto con il principio della parità di trattamento tra operatori economici di cui all'art. 2 della direttiva 2004/18/CE. Per questo il terzo correttivo al codice dei contratti ha inserito una clausola di chiusura nella lettera *f-bis* dello stesso art. 34 che estende la disposizione a tutti gli operatori

Come noto, i requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici sono disciplinati dall'art. 45 della direttiva 2004/18/CE recepito nell'art. 38 del Codice. La disposizione elenca le c.d. cause di esclusione dalla partecipazione alle gare, ossia quei requisiti soggettivi che tutti i concorrenti devono possedere per poter contrattare con la pubblica amministrazione (64). Questi riguardano essenzialmente condizioni soggettive del concorrente suscettibili, ove sussistenti, di precluderne la partecipazione alla gara e, qualora sopravvenuti nel corso della procedura, di giustificare il rifiuto dell'amministrazione aggiudicatrice di stipulare il contratto (65). La giurisprudenza ha escluso che, anche con riguardo alla singola gara, la stazione appaltante possa, in sede di *lex specialis*, prevedere ulteriori ipotesi di esclusione rispetto a quelle incluse nell'elenco (66).

I requisiti di ordine generale vanno tenuti distinti dai requisiti di capacità tecnica ed economica, disciplinati agli artt. 40, 41, 42, che attengono all'idoneità sotto il profilo tecnico ad espletare l'attività oggetto di gara, oltre che alla solidità finanziaria e, quindi, all'idoneità a far fronte agli impegni contrattuali assunti (67). In particolare, l'art. 41, co. 2 del Codice dispone che le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere. Secondo giurisprudenza consolidata, la discrezionalità dell'amministrazione nell'individuazione dei requisiti da richiedere nella *lex specialis* incontra il limite del rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza (68), che vanno valutati con riferimento all'oggetto specifico

economici stabiliti in altri stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi paesi.

(64) La letteratura discute sulla tassatività delle cause di esclusione previste. La Corte di giustizia ha affermato la tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto previste dal diritto comunitario, ma ha precisato che ciò non impedisce che uno Stato membro preveda altre misure restrittive, per garantire la trasparenza delle procedure, pur nei limiti della compatibilità con il principio di proporzionalità (Corte giust., Grande sez., 16 dicembre 2008, C-213/07).

(65) Cons. St., sez. V, 15 marzo 2006, n. 1387; id., sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4817; id. 14 luglio 2004, n. 5094.

(66) Cons. St., sez. V, 22 agosto 2003, n. 4750; id., sez. IV, 21 agosto 2002, n. 4268.

(67) R. GRECO, *Requisiti di ordine generale*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, 2009, 335 ss.

(68) Sono stati ritenuti illegittimi i bandi di gara che richiedessero requisiti economici e/o tecnici del tutto sproporzionati rispetto all'oggetto della gara, o palesemente estranei all'oggetto medesimo. Esiste una vasta giurisprudenza in materia (tra gli altri Cons. St., sez. V,

dell'appalto, non solo con riguardo all'importo, ma anche alle caratteristiche peculiari della prestazione oggetto di affidamento. L'art. 44, par. 2 della direttiva 2004/18/CE chiarisce che i livelli minimi di capacità richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto.

È opinione diffusa che la pratica dei *set asides* darebbe luogo ad un mercato protetto, peraltro in nome della tutela di determinati operatori, che in condizioni normali sarebbero stati esclusi dal mercato (69). Poiché il mercato verrebbe in questo modo ad essere isolato dalla concorrenza, per i contratti sopra soglia comunitaria i *set-asides* risulterebbero *contra legem*.

L'argomentazione è sostanzialmente il seguente: i *set-asides* costituiscono un ostacolo al commercio e, pertanto, contrari al diritto comunitario. Ai sensi dell'art. 34 del Trattato (*ex art. 28*) « sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente ». Ai sensi dell'art. 56 (*ex art. 49*), « le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno della Comunità ».

I suddetti ostacoli al commercio non sono consentiti salvo non risultino giustificati da una deroga espressa del Trattato o dal riconoscimento da parte della Corte di requisiti di pubblico interesse. Ai sensi dell'art. 36 del Trattato (*ex art. 30*) « Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o

8 settembre, n. 3083; id., sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655; id., sez. IV, 12 giugno 2007, n. 3103). È stato precisato che ai fini della legittimità del bando sarebbe comunque richiesta la motivazione in ordine all'aggravamento delle condizioni di gara (Cons. St., sez. IV, 12 giugno 2007, n. 3103). Si rinvia alla giurisprudenza citata in R. GRECO, *Capacità economica e finanziaria dei fornitori e prestatori*, in R. GAROPOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, 2009, 377.

(69) N. HATZIS, *op. cit.*, 348.

archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri ».

Ai sensi dell'art. 173 del Trattato (*ex art. 157*) l'Unione e gli Stati membri provvedono affinché siano assicurate le condizioni necessarie alla competitività dell'industria, nell'ambito di un sistema di mercati aperti e concorrenziali. Le direttive comunitarie in materia di appalti non autorizzano espressamente i *set-asides*, ma non li escludono neppure espressamente. La soluzione dipende dalla nozione di parità di trattamento che si ritiene debba desumersi dalle norme del Trattato e dalle obbligazioni che ne discendono.

Secondo l'impostazione più radicale l'adozione di una nozione in senso ampio di parità di trattamento porterebbe a escludere di principio la compatibilità con il diritto comunitario dei *set-asides* anche per i contratti sotto soglia comunitaria (70). L'art. 2 della direttiva 2004/18/CE e l'art. 10 della direttiva 2004/17/CE impongono alle amministrazioni concedenti di trattare gli operatori economici equamente e senza discriminazione e agire in modo trasparente. La disciplina inclusa nelle direttive citate non si applica ai contratti sotto determinate soglie comunitarie, alle concessioni di servizi e a determinati contratti esclusi, cui si estendono, invece, i principi generali stabiliti dal Trattato. Se si ritiene che il principio di parità di trattamento in senso lato trovi fondamento nel Trattato, i *set-asides*, come misura in grado di restringere il mercato e di determinare un trattamento non paritario tra i potenziali operatori, deve ritenersi incompatibile e pertanto *contra ius* anche per i contratti sottosoglia e quelli esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive. Il Trattato vieta non solo discriminazioni dirette, ma anche indirette, che sebbene applicate indistintamente a prodotti o offerenti nazionali e comunitari, siano comunque in grado di determinare un pregiudizio per i secondi. Le misure restrittive degli scambi possono essere giustificate solo dalle deroghe di cui all'art. 36 del Trattato, o da requisiti obbligatori e devono essere proporzionate all'obiettivo perseguito. Tuttavia la politica industriale non rientra tra le fattispecie previste dall'art. 36 e, secondo l'impostazione più radicale citata, non può ritenersi un requisito obbligatorio valido a giustificare restrizioni alla

(70) N. HATZIS, *op. cit.*, 349.

libera circolazione di beni (71). Inoltre, i *set-asides* costituiscono una misura in grado di perseguire l'obiettivo di incrementare la partecipazione delle PMI al mercato del *public procurement*, ma non sarebbero in grado superare il test di proporzionalità rispetto all'obiettivo perseguito, in quanto misura non necessaria al perseguimento dello scopo, che potrebbe essere realizzato attraverso altre misure meno onerose in termini di pregiudizio al principio di uguaglianza.

Il Comitato economico e sociale nel parere sugli appalti pubblici internazionali del 29 maggio 2008 si è dichiarato contrario all'introduzione nell'UE di un sistema di quote per le PMI come quello previsto dallo *Small Business Act* statunitense. Il Comitato riconosce l'interesse di definire una « tabella di marcia » europea a favore delle PMI e in particolare microimprese, corredata di progetti concreti. La questione piuttosto sarebbe quella di valorizzare la dimensione europea del mercato in modo da ottimizzare l'uso dei fondi pubblici. Le imprese, infatti, denunciano principalmente la mancanza di trasparenza; l'insufficienza di informazioni appropriate per partecipare agli appalti transfrontalieri, soprattutto quelli sotto soglia per i quali non si applicano le disposizioni delle direttive sugli obblighi di pubblicità comunitaria; procedure di trasposizione non sempre trasparenti che determinano un maggiore onere regolamentare, attraverso il proliferare di disposizioni specifiche nazionali che si sovrappongono l'una all'altra. È pertanto necessario assicurare maggiore trasparenza e maggiore certezza giuridica attraverso la previsione di una serie di disposizioni precise e vincolanti, corredate di un calendario e di un piano finanziario.

Sul tema, la Commissione europea sembra orientata nel senso di ritenere che i principi di uguaglianza e non discriminazione abbiano sostanzialmente lo stesso contenuto del principio sancito dalle direttive di trattare gli operatori economici equamente (72). Si tratta di un principio generale che impone alle stazioni appaltanti di trattare gli offerenti equamente e proibisce la discriminazione basata sulla nazionalità o ogni altra ragione (73).

(71) Diversamente S. ARROWSMITH, *op. cit.*

(72) Commissione europea, *Il public procurement nell'Unione Europea*, COM (98) 143, 8; COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*, GU C121/2.

(73) Sul tema tra gli altri Corte giust. CE, *Parking Brixen c. Gemende Brixen (Parking Brixen)*, 2005, C-458/03; *ANAV c. Comune di Bari (ANAV)*, 2006, causa C-410/04.

Una diversa impostazione della dottrina evidenzia l'opportunità di distinguere la nozione di parità di trattamento presente nelle direttive da quella desumibile dal Trattato e ritiene erroneo adottare una nozione estesa del principio di uguaglianza relativamente ai contratti sotto la soglia comunitaria o in ogni caso esclusi dal campo di applicazione delle direttive (74). In questo modo si finisce per far confluire nel Trattato requisiti di uguaglianza addizionali che possono essere derivati solo dalle direttive (75). Ciò di cui ci si dovrebbe preoccupare veramente è di assicurare che la politica dei *set-asides* consenta a tutte le PMI europee l'accesso alle procedure di affidamento e non si dissimuli, dunque, una discriminazione delle PMI di altri Stati membri. Ne consegue che la direttiva comunitaria potrebbe essere emendata, prevedendo delle specifiche misure a sostegno delle imprese citate anche nella forma dei *set-asides*, senza comunque porsi in contrasto con il Trattato. La nozione di uguaglianza espressamente desumibile dal Trattato, infatti, vieta soltanto la discriminazione in base alla nazionalità.

La Corte di giustizia è più volte intervenuta su questioni attinenti il principio di parità di trattamento e di uguaglianza, finendo per attribuire a quest'ultimo lo *status* di principio generale del diritto comunitario (76), cui sono sottoposti sia le istituzioni comunitarie che i singoli Stati membri. Come è stato affermato, il principio di uguaglianza è fondamentale non solo perché costituisce il punto nodale dei sistemi legali contemporanei, ma anche perché la legislazione comunitaria riguarda principalmente situazioni e attività economiche. Se in questo settore vengono applicate regole diverse per situazioni simili, il risultato è, non solo disuguaglianza prima della legge, ma anche, inevitabilmente, una serie di distorsioni alla concorrenza assolutamente inconciliabili con la filosofia del mercato comune (77). Ne deriva che l'applicazione di *regole diverse a situa-*

(74) S. ARROWSMITH e P. KUNZLIK, *EC regulation of public procurement*, in S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Social and Environmental in EC procurement law*, cit., 55 ss.

(75) P. BRAUN, *Matter of principle(s). The treatment of contracts falling outside the European public procurement directives*, 2000, *Public procurement law review*, 39 ss.

(76) Sul tema T. TRIDIMAS, *The general principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006; P. CRAIG e G. DE BURCA, *EU Law text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2003, 387; C. BARNARD, *The principle of equality in the community context*.

(77) Avvocato Generale TESAURO, in causa C-63/89, *Assurance du credit c. Consiglio e Commissione*, 1991.

zioni diverse, come è la condizione delle imprese di *dimensione diversa* nel mercato dei contratti pubblici, non costituisce una distorsione della concorrenza.

A tale riguardo ricordiamo che l'Unione ha competenza esclusiva, tra le altre cose, nella definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno (art. 3); la Commissione, nell'adempimento dei compiti che le sono affidati ai sensi del presente capo, s'ispira all'evoluzione delle condizioni di concorrenza all'interno dell'Unione, nella misura in cui tale evoluzione avrà l'effetto di accrescere la capacità di concorrenza delle imprese (art. 32); il Trattato dispone che una delle attività dell'Unione è la creazione di un sistema in cui la concorrenza nel mercato interno non sia distorta ed è previsto che la politica industriale della comunità debba essere organizzata in accordo con un sistema di mercati aperti e competitivi (art. 173). Tuttavia nel rispetto dello stesso principio di parità di trattamento che vieta di trattare allo stesso modo situazioni dissimili, i *set-aside* potrebbero essere introdotti come *forma discriminazione positiva* a favore delle PMI. Queste sono di fatto una realtà diversa rispetto alle imprese di grandi dimensioni, che necessitano, in quanto tale, di un trattamento differenziato, proprio nel rispetto del principio di parità di trattamento. Le difficoltà incontrate dalle PMI nell'accesso al mercato del *public procurement* potrebbero in tal senso essere superate solo attraverso l'adozione da parte dell'autorità pubblica di una misura di *positive action* (78), una sorta di discriminazione positiva (79).

(78) Anche questa impostazione tuttavia è oggetto di contestazione da parte della dottrina più rigorosa citata secondo cui non c'è fondamento nella legislazione primaria e secondaria che giustifichi forme di discriminazione nel settore delle politiche industriali. Anche nel settore dei rapporti tra uomini e donne la Corte di Giustizia ha ritenuto contrarie al principio di uguaglianza le politiche che attribuiscono automatica preferenza alle donne (*Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen (Kalanke)*, 1995, causa C-450/93) e in altri casi riguardanti gruppi sottorappresentati ha giudicato la normativa sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito (*Katarina Abrahamsson and Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist (Abrahamsson and Anderson)*, 2000, causa C-407/98).

(79) In tal senso A. ERRIDGE, *Involvement of SMEs in Public Procurement*, in *Public procurement law review*, 1998, 37 ss. L'autore sostiene che la politica di Governo vada oltre ed introduca una sorta di discriminazione positiva per sostenere le PMI nel settore del *public procurement* nell'esempio degli Stati Uniti e senza porsi il problema delle specifiche misure da adottare e della compatibilità delle politiche di discriminazione positiva con il Trattato e con il principio di parità di trattamento.

4.2. I sub-contratti.

Un'altra misura molto efficace per sostenere la partecipazione delle PMI al mercato del *public procurement* è la previsione della possibilità per l'impresa di grandi dimensioni che sia risultata affidataria di un determinato contratto di cederne una o più parti ad imprese più piccole che producono o forniscono beni e servizi. In questo modo le imprese « piccole » potrebbero beneficiare, sia pure in parte inferiore, di un affidamento di cui non sono risultati affidatari diretti e il mercato può beneficiare del loro contributo sia pure indiretto.

Il subappalto è oggi disciplinato in Italia all'art. 118 del Codice (80), che recepisce l'art. 25 della direttiva 2004/18/CE e l'art. 37 della direttiva 2004/17/CE, come eccezione alla regola secondo cui i soggetti affidatari sono tenuti ad eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture comprese nel contratto (81). Il diritto comunitario si è tradizionalmente concentrato sulla trasparenza dell'operazione, demandando al diritto nazionale il compito di consentire o imporre alle stazioni appaltanti di esigere dall'appaltatore l'indicazione della parte di prestazione che intende subappaltare ed i nomi dei subappaltatori medesimi. La previsione di un'autorizzazione necessaria o di limiti qualitativi o quantitativi, così come la regolamentazione del rapporto tra appaltatore e subappaltatore è rimessa al diritto nazionale.

Il subappalto è genericamente ascrivibile al *genus* del subcontratto o contratto derivato, caratterizzato dalla distinzione e coesistenza dei contratti e dalla correlazione del subcontratto con il

(80) Si veda anche art. 170 nuovo regolamento di attuazione al Codice.

(81) La disciplina relativa al subappalto nel settore dei lavori pubblici è stata introdotta dall'art. 339 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. F sulla falsariga di quella disposta dal codice civile. Il subappalto era consentito soltanto in presenza di espressa approvazione da parte del committente che aveva natura di autorizzazione, in mancanza l'amministrazione poteva procedere alla risoluzione del contratto. Successivamente l'art. 21 della legge n. 646/1982, ribadendo il divieto del subappalto non autorizzato, introdusse una sanzione penale per la sua violazione. La stessa norma prevedeva inoltre la necessità che anche per il subappaltatore occorresse verificare la sussistenza dei requisiti di idoneità tecnica e di quelli richiesti dalla legislazione del controllo antimafia di cui alla legge 31 maggio 1965, n. 575. L'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55 introdusse un limite quantitativo delle opere subappaltabili. La norma — censurata dalla CE perché contrastante con l'art. 20 ter della direttiva 89/440 — venne modificata, nel comma 3°, dal d.lgs. n. 406/1991, con la previsione di una generale ammissibilità dell'affidamento in subappalto, purché lo stesso non riguardasse l'intera opera ovvero tutti i lavori della categoria prevalente. L'art. 34 della legge n. 109/1994 (legge Merloni) ridisegnò completamente ed ancora una volta la disciplina del subappalto limitandolo al 30% dei lavori.

contratto base (82). Quanto al regime giuridico, esso è strutturalmente distinto dal contratto pubblico principale, ma identica è la causa, che giustifica lo stesso regime giuridico. Secondo alcuni, il carattere derivato determinerebbe un'« accessorialità a senso unico », per effetto della quale solo il contratto principale potrebbe produrre effetti su quello accessorio e il subcontratto non potrebbe sopravvivere al contratto principale nel caso di invalidità, risoluzione o cessazione degli effetti (83).

In un sistema dei subcontratti che funzioni bene possono derivare effetti benefici per tutti i soggetti coinvolti (84). Le stazioni appaltanti possono in questo modo essere garantite dall'aver come affidatari diretti imprese di grandi dimensioni con esperienza, senza sacrificare il potenziale di innovazione associato all'attività delle PMI; le grandi imprese possono utilizzare le risorse aggiuntive e l'esperienza dei *subcontractor*; le imprese di dimensioni modeste hanno accesso ad attività economiche e opportunità di lavoro con le grandi imprese.

Le istituzioni comunitarie hanno spesso enfatizzato l'importanza del subcontratto per lo sviluppo di una cultura imprenditoriale competitiva in Europa e per il sostegno alle PMI. La Commissione europea ha evidenziato la necessità di favorire il raggiungimento di un equilibrio tra imprese di dimensioni diverse e l'importanza del subcontratto per consentire alle imprese di piccole e medie dimensioni di giocare il proprio ruolo nel mercato dei contratti pubblici (85). Anche le direttive comunitarie in vigore evidenziano una

(82) F. MESSINEO, voce *Contratto derivato - Subcontratto*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 80. Sul tema esiste una vasta dottrina. Tra gli altri, S. FANTINI, *Subappalto, attività che non costituiscono subappalto e tutela del lavoro*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, 2009, 1028 ss.; R. DE NICOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2008, 1225 ss.; F. BAGLIVO, A. CAMPARONI, *Autorizzazione al subappalto: contrasto tra le sezioni del Consiglio di Stato, in I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2008, 2, 281 ss.; A. VALLETTI, *Il giudice amministrativo e il subappalto: più di un'occasione mancata*, in *Urb. e app.*, 2008, 4, 475 ss.; R. MANGANI, *Avvalimento e subappalto*, in *www.giustamm.it*, 2007; AZZARO, voce *Subcontratto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino; F. D'ARCAN-GELO, *Il subcontratto*, in *Obblig. e contr.*, 2006, 6, 542 ss.; G. MUSOLINO, *La categoria del contratto derivato ed il subappalto*, in *Riv. trim. app.*, 2002, 360 ss.; M.A. SANDULLI, *Subappalto*, in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di L. GIAMPAOLINO, M.A. SANDULLI, G. STANCANELLI, Milano, 1999; VIRGA, *Le modificazioni soggettive nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1990.

(83) F. MESSINEO, *op. cit.*, 81.

(84) Sul tema ancora A. ERRIDGE, *op. cit.*, 41; E.M. O'BRIEN, *op. cit.*, 86; N. HATZIS, *Sme development policies*, *op. cit.*, 359.

(85) COMMISSIONE EUROPEA, *Towards a European Market in Subcontracting*.

particolare attenzione al tema, in quanto prevedono che al fine di incoraggiare il coinvolgimento delle PMI nel mercato dei contratti pubblici è consigliabile introdurre previsioni in tema di subcontratto (art. 32, direttiva 2004/18/CE e art. 43, direttiva 2004/17/CE). È inoltre stabilito che la stazione appaltante o il singolo Stato membro possano richiedere che l'offerente indichi nella sua offerta quale porzione o porzioni del contratto intende affidare a parti terze e ogni proposta di subcontratto (art. 25, direttiva 2004/18/CE e art. 37 direttiva 2004/17/CE).

La dottrina si interroga sulla compatibilità con il diritto comunitario di previsioni che obblighino gli affidatari a cedere parte del loro affidamento a terzi soggetti o al contrario previsioni che vietino il subcontratto. Infatti, se da una parte è ragionevole che le stazioni appaltanti incoraggino il subcontratto, fornendo informazioni sui relativi vantaggi e le opportunità e incoraggiando la cooperazione tra le imprese, dall'altra solleva qualche perplessità la possibilità di imporre dei veri e propri obblighi in capo agli affidatari. Allo stesso modo una stazione appaltante non può escludere da una procedura di affidamento un'impresa solo per il fatto che questa, come impresa *holding*, può eseguire il lavoro attraverso imprese partecipate (86). Vale la pena ricordare che l'art. 69, co. 1 del Codice dei contratti, che recepisce l'art. 26 della direttiva n. 18 e l'art. 38 della direttiva n. 17, dispone che le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purchè compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purchè siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri (87). Come si avrà modo di argomentare nel paragrafo successivo, l'art. 146 del Codice dei contratti in vigore prevede espressamente la possibilità che la stazione appaltante imponga al concessionario di lavori un obbligo di subappalto.

La giurisprudenza comunitaria distingue tra restrizioni al subcontratto nella fase di affidamento, ritenute inaccettabili perché

(86) Sul tema si veda il caso *BALLAST NEDAM GROEP* (Corte di giust. CE, *Ballast Groep NV c. Belgian State*, 1994, causa C-389/92). Nello stesso senso Corte giust. CE, *Host Italy SpA c. Comune di Cagliari* (*Host Italy*), 1999, C-176/98; *Siemens c. Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger* (*Siemens*), 2004, causa C-314/01; *Commissione europea c. Italia*, C-360/89.

(87) Per un commento tra gli altri R. IZZO, *Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *op. cit.*, 547 ss.

riguardano il modo in cui l'offerente propone di eseguire il contratto e quelle che riguardano la fase di adempimento del contratto successiva all'affidamento, che possono invece essere ritenute legittime perché hanno riguardo all'abilità dell'offerente di adempiere in modo soddisfacente (88). Pertanto, la stazione appaltante non può restringere il modo con cui un servizio viene fornito facendo riferimento a criteri che non hanno nulla a che fare con le capacità dell'offerente (89).

I principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria in materia di subcontratto riguardano solitamente contratti sopra soglia comunitaria, ma non vi sono ragioni per assumere che il principio di libero accesso degli offerenti al mercato dei contratti pubblici sia desiderabile solo per i sopra soglia. Secondo un'impostazione rigorosa, infatti, tutti i tipi di subcontratto obbligatorio e di divieto di subcontratto costituiscono un'interferenza della concorrenza nel mercato del *public procurement* (90). Si osserva, infatti, che dove il legislatore comunitario ha voluto introdurre un obbligo di subappalto lo ha fatto espressamente; ove non previsto non sarebbe ammissibile.

Può argomentarsi, *a contrario*, che proprio per questo potrebbero proporsi delle modifiche alle direttive che, nell'ottica di implementare la partecipazione delle PMI al mercato dei contratti pubblici, introducano esplicitamente la possibilità per le stazioni appaltanti di imporre un obbligo di subcontratto. Inoltre, anche con riferimento al subcontratto come misura di sostegno alle imprese di dimensioni modeste, si ripropongono le considerazioni svolte in tema di *positive action* per i *set-asides*, nel pieno rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento.

4.3. *PMI friendly procurement.*

La strategia della Commissione europea di sostenere le PMI attraverso l'adozione del principio *Think small first* prevede tra i principali obiettivi la riduzione dei costi amministrativi, la semplificazione e l'accelerazione delle procedure e il miglioramento dell'ac-

(88) La Corte di giustizia ha, infatti, chiarito che l'intenzione di subappaltare parte del lavoro, del servizio o della fornitura ad imprese terze non può da solo essere sufficiente ad escludere un candidato dalla procedura di affidamento.

(89) S. ARROWSMITH, *Law of public utilities procurement*, cit.

(90) In tal senso N. HATZIS, *SME development policies*, cit., 363.

cesso al mercato al fine di aumentarne la competitività. Oltre alla previsione di misure di sostegno in senso stretto, è necessario intervenire anche nella costruzione delle procedure di affidamento, che spesso presentano degli elementi di forte ostacolo alla partecipazione delle PMI al mercato dei contratti pubblici. Tra gli altri si evidenziano: l'inadeguatezza delle informazioni fornite nell'invito agli offerenti; gli ingenti costi amministrativi; gli alti requisiti finanziari e i livelli di qualificazione richiesti; le certificazioni richieste; la scarsa possibilità di porre quesiti e domandare chiarimenti sulla proposta; la grande dimensione dei progetti (91).

Si avverte l'esigenza di intervenire anche in altre direzioni, cercando innanzitutto di migliorare l'adeguatezza delle quantità e qualità delle informazioni offerte dalle stazioni appaltanti sui progetti e di ridurre il livello di sofisticazione. Si è più volte evidenziata l'esigenza di un miglioramento del flusso di informazioni negli avvisi informativi e nella fase precedente la selezione delle offerte e di un aiuto che consenta alle PMI di superare le loro difficoltà nel gestire gli aspetti amministrativi di preparazione dell'offerta. Inoltre, con riferimento alla dimensione dei progetti, si potrebbe innanzitutto resistere alla tendenza a riunire più affidamenti in un unico contratto, sia pure dettata da ovvie ragioni di efficienza, cercando di limitarla il più possibile.

La gran parte delle stazioni appaltanti propone anche la divisione in lotti dei progetti. I limiti di questa pratica, però, derivano principalmente dalle implicazioni legali legate alla divisione del lavoro e dagli alti costi amministrativi di coordinamento. Si tratta inoltre di una prassi vista con sfavore dalla Comunità in quanto suscettibile di determinare una evasione delle regole dell'evidenza pubblica, in quanto spesso finalizzata ad ottenere lotti di valore inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria (92). In generale, comunque, per essere ritenuta compatibile con il diritto comunitario è necessario che sia le piccole che le grandi imprese siano ammesse a

(91) COMMISSIONE EUROPEA, *Rapporto sull'accesso delle PMI ai contratti pubblici*, 2004.

(92) L'art. 29, co. 4 del Codice dei contratti, che recepisce gli artt. 9 e 56 della direttiva 2004/18/CE e l'art. 17 della direttiva 2004/17/CE, dispone che nessun progetto d'opera né alcun progetto di acquisto volto ad ottenere un certo quantitativo di forniture o di servizi può essere frazionato al fine di escluderlo dall'osservanza delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non vi fosse stato.

partecipare alla gara per l'intero contratto o parte di esso e che l'affidamento sia fatto alla migliore offerta (93).

Inoltre, è opportuno circoscrivere il ricorso alle procedure che limitano o ostacolano in qualsiasi modo l'apertura del mercato. La Commissione europea osserva che le stazioni appaltanti preferiscono spesso ricorrere alla procedura negoziata anche quando non è previsto dal diritto comunitario e la prima vittima di questa tendenza sono le piccole e medie imprese che cercano di penetrare il mercato dei contratti pubblici. Il diritto europeo pare concedere ampio spazio alle procedure negoziate di tipo competitivo, cioè precedute da bando o da altro idoneo strumento di divulgazione (94). La procedura negoziata, infatti, costituisce una deroga al principio di un mercato aperto e trasparente, in quanto consente per sua natura di restringere la concorrenza, anche se ha importanti benefici nel rendere il rapporto tra stazione appaltanti e potenziali contraenti più flessibile e, pertanto, particolarmente adatto a gestire contratti complessi. Il ricorso eccessivo a questa procedura per tutti i contratti non solo rappresenta una potenziale barriera all'entrata delle PMI nel mercato dei contratti pubblici, ma contribuisce anche a confermare l'idea che è più sicuro per una stazione appaltante avere a che fare con imprese conosciute e di grandi dimensioni. Anche per questo motivo il ricorso alla procedura negoziata non dovrebbe avvenire in modo arbitrario.

Al di là dei potenziali strumenti di stimolo e rafforzamento della partecipazione delle PMI al mercato dei contratti pubblici, è importante ricordare l'importanza di una corretta applicazione delle regole comunitarie sui contratti pubblici che può produrre evidenti benefici per tutti gli operatori. In particolare per le imprese di dimensione modesta le *chances* di riuscire a vincere una gara sono maggiori se il mercato funziona in modo aperto, trasparente e non discriminatorio (95). In questa prospettiva le stazioni appaltanti possono giocare un ruolo importante nel rendere i processi di affidamento più lineari

(93) In senso contrario si ritiene anche la pratica della divisione in lotti contraria al diritto comunitario perché suscettibile di alterare il libero e naturale funzionamento del mercato (N. HATZIS, *op. cit.*, 367).

(94) Vedi tra gli altri la Comunicazione interpretativa della Commissione Europea in tema di « applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati », Bruxelles, 5 febbraio 2008, C(2007)6661

(95) La COMMISSIONE EUROPEA, *Promoting SME participation in public procurement in the Community law*, COM (90) 166 final, 5).

e trasparenti, fornendo informazioni adeguate e offrendo supporto e assistenza nella preparazione delle offerte.

5. GLI STRUMENTI COMPATIBILI CON LA DISCIPLINA NAZIONALE IN VIGORE.

Come noto, la disciplina nazionale in materia di appalti pubblici è oggi contenuta nel d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture), che recepisce la disciplina dettata dalle direttive comunitarie 17 e 18 del 2004 citate (96). I principi preposti all'affidamento e all'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, sono richiamati all'art. 2 del Codice: economicità, efficacia, tempestività e correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità. L'obiettivo è quello di assicurare e rendere effettivo il mercato della concorrenza (97). La sentenza della Corte Costituzionale n. 401/2007 ricorda che a livello nazionale l'osservanza dei principi comunitari ricordati costituisce attuazione, tra l'altro, delle stesse « regole costituzionali » di imparzialità e del buon andamento che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 della Costituzione. Inoltre, l'osservanza delle prescrizioni comunitarie e nazionali in tema di evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri (98).

Il Codice raccoglie in un unico testo normativo la disciplina in tema di contratti pubblici precedentemente contenuta in testi normativi distinti, riordinando la materia in una prospettiva di maggiore apertura alla concorrenza. La sua entrata in vigore è stata seguita da

(96) Secondo l'art. 25 co. 1 della direttiva n. 18, tale recepimento doveva, tra le altre cose, procedere alla compilazione di un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive, coordinando anche le altre disposizioni in vigore nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione europea e produrre una semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici ».

(97) L'art. 2 recepisce l'art. 2, della direttiva 2004/18/CE; art. 10, direttiva 2004/17/CE; art. 1, legge n. 241/1990; art. 1, co. 1, legge n. 109/1994; e della giurisprudenza della Corte di giustizia, sentenze 7 dicembre 2000, C - 324/1998 e 3 dicembre 2001, C. 59/2000).

(98) Ai sensi dell'art. 1, co. 1 della legge n. 241/1990, « L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario ».

successive fasi di affinamento (99) e dalla recente emanazione del regolamento di attuazione. Tale proliferazione di interventi ha creato incertezza tra gli operatori del settore e, per molti versi, appare lontana dalle regole di *better regulation* che avrebbero dovuto ispirare i nuovi codici di settore.

Nonostante la convinzione diffusa nel nostro Paese come in Europa dell'importanza di favorire e sostenere le PMI, resta il problema di definire gli strumenti e le modalità da adottare. In attesa del pieno recepimento anche in Italia dello *Small Business Act for Europe*, ci si interroga su quali specifiche misure è possibile utilizzare a livello nazionale per sostenere le PMI nel settore del *public procurement*.

Non può senz'altro prescindersi dalla consapevolezza della differenza e peculiarità culturali prima che giuridiche esistenti tra Stati Uniti e Europa continentale, — le diverse tradizioni storiche, le specifiche caratteristiche regolatorie e di ordinamento giuridico, le problematiche poste dall'appartenenza di ciascuno Stato membro all'Unione europea, l'esistenza di una pluralità di fonti del diritto (internazionale, comunitario, nazionale, locale) ordinate gerarchicamente, che il più delle volte si sovrappongono nella disciplina delle diverse materie e dei singoli istituti. Occorre pertanto procedere con estrema cautela nella ricerca di forme e strumenti di tutela.

Al di là delle questioni circa la possibilità di operare una modifica delle direttive europee inserendo con una specifica previsione a favore delle PMI europee, di cui si discute ampiamente nella letteratura europea, potrebbe comunque essere utile a livello nazionale tentare di fare qualche passo nella giusta direzione. Esistono strumenti giuridici già in vigore nella normativa interna che potrebbero essere opportunamente utilizzati per favorire lo sviluppo delle PMI.

Tra questi vale la pena ricordare la disciplina in materia di contratti sotto soglia contenuta nel Codice contratti, all'art. 121 (100),

(99) Tra le principali si ricordano la legge 12 luglio 2006, n. 228 di conversione con modificazioni del d.l. 12 maggio 2006 n. 173, c.d. decreto mille proroghe; il primo decreto correttivo, il d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, che ha apportato lievi modifiche ed esteso la sospensione alla data del 1 agosto 2007; il secondo decreto correttivo, invece, il d.lgs. 31 luglio 2007 n. 113, ha invece introdotto importanti novità alla disciplina del Codice; il terzo decreto correttivo, il d.lgs. n. 152 dell'11 settembre 2008/22 che, tra le altre cose, costituisce un tentativo di adeguamento del testo del d.lgs. n. 163/2006 ai rilievi formulati dalla Commissione europea nella procedura di infrazione di cui alla lettera di costituzione in mora del 30 gennaio 2008.

(100) Sul tema tra gli altri P. DEL VECCHIO, *Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari. Contratti sotto soglia comunitaria*, in M. SANINO (a cura di), *Com-*

che deve comunque tener conto delle sopra evidenziate esigenze di trasparenza e certezza giuridica e rispettare le regole dettate dal legislatore comunitario al fine di evitare meccanismi finalizzati ad aggirare la più puntuale disciplina sui contratti sopra soglia comunitaria (101).

Anche nel ricorso alla pratica della divisione in lotti è opportuno procedere con cautela, onde scongiurare il tentativo arbitrario di evadere l'evidenza pubblica, ottenendo contratti di valore inferiore alla soglia comunitaria e cercando di garantire a tutte le imprese — piccole, medie e grandi —, la partecipazione alla gara per l'intero contratto o parte di esso e l'affidamento alla migliore offerta.

Potrebbe, inoltre, essere incentivato il ricorso alla procedura negoziata con le imprese piccole e medie, secondo la disciplina di cui agli artt. 56-57 del Codice, nelle fattispecie della procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara e senza previa pubblicazione del bando di gara (102). Anche in questo caso vale la pena ricordare

mento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Torino, 2008, 415; M. SANINO, *I contratti sotto soglia comunitaria*, in *Trattato sui contratti pubblici*, III, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICCOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2008, 2427; R. DE NICCOLIS, *La riforma del codice appalti*, in *Urbanistica e app.*, 2008, 665; CAPOGNA, Artt. 121-125. *Contratti sotto soglia comunitaria*, in M. BALDI, R. TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, Milano, 2007, 1018; M. LOCATI, *I contratti sotto soglia*, in *Urbanistica e app.*, 2006, 883.

(101) Considerando n. 2 della direttiva 2004/18/CE; art. 2 del codice, dalla comunicazione interpretativa del 2006, n. C-179, concernente il diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni non disciplinate o solo in parte dalle direttive appalti; circolare del Dipartimento delle politiche comunitarie del 29 aprile 2004 e confermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. In giurisprudenza Corte giust., 15 maggio 2008, nn. C-147/06 e 148/06, *Secap*, *Giur. it.*, 2008, 2321, pt. 20; id., 14 giugno 2007, n. C-6/05, *Medipac-Kazantzidis*, *Ragusan*, 2007, 283-284, 85, pt. 33; C. giust., 21 luglio 2005, n. C-231/03, *Coname*, *Foro it.*, 2006, II, 77, pt. 16 e 17; 20 ottobre 2005, n. C-264/03, *Commissione c. Repubblica francese*, *Urbanistica e app.*, 2006, 45; 13 ottobre 2005, n. C-458/03, *Parking Brixen*, *Urbanistica e app.*, 2006, 31, pt. 46-48; 3 dicembre 2001, n. C-59/00, *Bent Montén Vestergaard*, *Foro it.*, 2002, IV, 67, pt. 20; 7 dicembre 2000, n. C-324/98, *Teleaustria*, *Urbanistica e app.*, 2001, 487. Quanto alla giurisprudenza nazionale vale la pena ricordare tra le altre la decisione del T.A.R. Lazio Roma, sez. 1, 23 agosto 2006, n. 7375, *Corr. merito*, 2006, 1203, secondo cui sussiste l'obbligo di dare adeguata pubblicità alla selezione in modo da consentire a tutte le imprese interessate di venire a conoscenza dell'intenzione amministrativa di stipulare il contratto e di giocare le proprie chances competitive.

(102) Sul tema tra gli altri P. CIRIACO, *Procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *op. cit.*, 451 ss.; Id. *Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara*, *cit.*, 457 ss.; A. MASSARI, *La procedura negoziata per appalti di lavori fino a 500.000 euro tra semplificazione e rispetto dei principi comunitari*, in *Appalti e contratti*, 2009, 5, 19 ss.; F. BEVILACQUA, M. GIOVANELLI, *Ammissibilità della procedura negoziata ai contratti fino a 500.000 euro*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 4, 401 ss.; M. MORESCHINI, *I sistemi alternativi all'evidenza pubblica*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giuri-*

le considerazioni svolte sopra e la cautela evidenziata dalla Commissione europea in considerazione dei potenziali limiti all'apertura al mercato e alla concorrenza.

Inoltre, l'art. 123 (103) del Codice prevede l'adozione della procedura ristretta semplificata per appalti aventi ad oggetto la sola esecuzione dei lavori di importo inferiore a 1 milione di euro (104). Anche tale previsione potrebbe essere utilizzata a favore delle PMI (105). La disposizione prevede che per « gli appalti aventi ad oggetto la sola esecuzione di lavori di importo inferiore a 1 milione di euro, le stazioni appaltanti hanno facoltà, senza procedere a pubblicazione di un bando, di invitare a presentare un'offerta almeno venti concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione ai lavori oggetto dell'appalto, individuati tra gli operatori economici iscritti nell'elenco disciplinato dai commi che seguono ». La presente previsione normativa potrebbe essere utilizzata per consentire alle stazioni appaltanti di favorire le PMI in sede di aggiudicazione.

In ogni caso è disposto che i lavori che le stazioni appaltanti intendono affidare con la procedura ristretta semplificata vanno resi noti mediante avviso, pubblicato con le modalità previste per l'avviso di preinformazione, entro il trenta novembre di ogni anno. Gli operatori economici interessati ad essere invitati alle procedure di affidamento devono presentare apposita domanda, entro il quindici dicembre successivo. Successivamente le stazioni appaltanti formano l'elenco entro il trenta dicembre. È disposto che l'elenco sia trasmesso all'Osservatorio, che ne dà pubblicità sul proprio sito informatico con le modalità ivi previste. *De iure condendo*, potrebbe essere prevista una modifica nella normativa che introduca un'esplicita preferenza nei confronti delle PMI in sede di formazione dell'elenco.

Un altro istituto che potrebbe essere studiato con attenzione è quello riguardante l'affidamento a terzi di una parte dei lavori (106).

sprudenza, 2007, 7, 690 ss.; P. L. PORTALURI, *Tutela della concorrenza e flessibilità delle relazioni contrattuali nella procedura negoziata previo bando di gara*, in *Il Foro amministrativo - T.A.R.*, 2007, 2, 403 ss.

(103) Originariamente la disciplina era prevista dall'art. 23, legge n. 109/1994.

(104) La soglia è stata modificata dal terzo correttivo. Prima era prevista una soglia di 750.000 euro.

(105) Sul tema tra gli altri A. BARTOLINI, *Procedura ristretta semplificata per gli appalti di lavori*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *op. cit.*, 122 ss. Si veda anche *infra* nota 99.

(106) La previsione deriva dal diritto comunitario che se ne occupa per la prima volta nell'art. 1, n. 2 della direttiva 89/440/CEE, poi trasposta nella direttiva 93/37/CEE, art. 3 par. 2

L'art. 146 del Codice prevede la facoltà della stazione appaltante di imporre al concessionario di lavori pubblici di affidare a terzi appalti per una parte non inferiore al 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione. Tale aliquota deve risultare dal bando di gara e nel contratto di concessione. Il bando fa salva la facoltà per i candidati di aumentare la percentuale. La stazione appaltante può, inoltre, invitare i candidati a dichiarare nelle loro offerte la percentuale del valore globale dei lavori che intendono appaltare a terzi.

Anche il ricorso al subappalto potrebbe essere utilizzato a favore delle PMI. La stessa procedura di infrazione della Commissione europea C(2008) 0108 del 30 gennaio 2008 ha ritenuto contrari alla direttiva gli ostacoli frapposti al subappalto, mentre a livello regionale, la Regione Toscana, ad esempio, ha imposto l'eliminazione dei limiti frapposti in materia di subappalto con legge n. 13/2008. Tra le modifiche operate dal terzo correttivo al Codice, è stato previsto all'art. 37, co. 11 che qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo. L'art. 118, co., 2 si riferisce in particolare all'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi e alla subfornitura a catalogo di prodotti informatici. È inoltre precisato che il subappalto non può essere suddiviso senza ragioni obiettive.

Infine, potrebbe riflettersi sulla possibilità di prevedere la costituzione di un soggetto o ufficio indipendente che svolga una funzione di *moral suasion* e qualifichi le stazioni appaltanti ad utilizzare strumenti che favoriscano le PMI. La *mission* di tale organismo potrebbe ricalcare sostanzialmente quella della *Small Business Administration* statunitense ed occuparsi di assistenza finanziaria, assistenza negli appalti pubblici, nella gestione aziendale e nel ridurre il

e da ultimo previsto all'art. 60 della direttiva 2004/18/CE. In Italia la norma fu originariamente introdotta dall'art. 4, co. 4 d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, di attuazione della direttiva 89/440/CEE, successivamente prevista dall'art. 2 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, poi modificata dalla l. 18 novembre 1998, n. 415 e dalla l. 1 agosto 2002, n. 166. In dottrina tra gli altri C. RUSSO, *Procedure di affidamento e pubblicazione del bando relativo alle concessioni di lavori pubblici*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *op. cit.*, 1254 ss.

peso della regolamentazione gravante sulle imprese di ridotta dimensione. Con riferimento al settore degli appalti la costituzione di un ufficio preposto allo svolgimento delle funzioni indicate potrebbe consentire di qualificare le stazioni appaltanti ad utilizzare strumenti che favoriscano le imprese citate.

Con riferimento agli sforzi della Commissione per ridurre i costi della regolamentazione comunitaria, la stessa ammette che questo obiettivo può essere conseguito unicamente tramite l'azione congiunta di Commissione e autorità a livello nazionale, regionale e locale. In Italia manca un'organizzazione preposta, un *amicus curiae*, una procedura particolare che imponga la previa valutazione di impatto sulle PMI di una certa disciplina. Potrebbe al riguardo ipotizzarsi la costituzione di un *Office of Advocacy* autonomo che interagisca con una regione o altra amministrazione locale interessata, ovvero una struttura interna alla regione. La costituzione di un ufficio indipendente per le PMI potrebbe occuparsi anche di ridurre l'impatto della regolamentazione sulle stesse e di misurare i costi diretti e gli altri effetti della regolamentazione per le piccole imprese e lavorare a proposte legislative e regolatorie per eliminare quelle regolamentazioni eccessive o non necessarie. Come ribadito dalla stessa Commissione europea, il riesame della regolamentazione a tutti i livelli di Governo è una chiave di volta per l'Europa intera: amministrazioni pubbliche, organizzazioni, imprese e cittadini. Il successo dell'operazione dipende unicamente dall'adozione di un'azione congiunta di Commissione e autorità a livello nazionale, regionale e locale (107).

Tra le altre cose, si potrebbe ritenere di introdurre un regime di oneri burocratici distinto in base alla dimensione del contratto. Al di sotto della soglia comunitaria potrebbe prevedersi un regime particolarmente snello di affidamento, di modo da favorire le imprese di dimensioni ridotte in un settore di contratti particolarmente piccoli, cui solitamente le grandi imprese non sono interessate. L'importante è che sia garantita la concorrenza attraverso il rispetto dei già richiamati principi del Trattato e, in particolare, sia assicurata la possibilità a tutte le imprese di qualsiasi Stato membro di partecipare, anche se l'affidamento ha ad oggetto un bene o un servizio locale e la stazione appaltante sia un ente locale. L'effettiva concorrenza

(107) COMMISSIONE EUROPEA, *Le PMI al primo posto*, European Portal for SMEs.

nei mercati in questione, anche attraverso adeguate forme di pubblicità, dovrebbe garantire una maggiore offerta da parte di imprese di differenti nazionalità, con il conseguente miglioramento della qualità delle stesse offerte e l'abbattimento dei costi per le amministrazioni aggiudicatrici.

Potrebbe addirittura ipotizzarsi la possibilità di riservare alcuni contratti di importo basso alle PMI, attraverso un'automatica attribuzione secondo l'esempio statunitense, a condizione che tale specifica previsione sia uniformemente applicata in tutti gli Stati membri. L'adozione di una misura del genere, se ammissibile, non può avvenire senza il coordinamento con altri Stati. In tale contesto potrebbe ipotizzarsi la possibilità di formulare un generico obbligo di affidamento alle PMI salvo che sia possibile dimostrare, attraverso un'inversione dell'onere della prova, che l'affidamento ad una o più imprese di dimensioni maggiori consente alla stazione appaltante di ottenere un risparmio pari almeno al 10%. Infine, potrebbe individuarsi una ulteriore soglia di contratti potenzialmente appetibili per le PMI, nella quale prevedere degli incentivi alla partecipazione alla gara riservati alle imprese di dimensioni inferiori o con certe caratteristiche, ad esempio attraverso la previsione di requisiti ridotti. Anche in questo caso la differenza di trattamento potrebbe essere giustificata dall'esigenza di assicurare pari condizioni di partenza rispetto alle grandi imprese.

6. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

Il *Report on implementation of the Small Business Act* (108) del 15 dicembre 2009 ricorda l'importanza delle PMI per il futuro dell'Europa in termini di impieghi e sviluppo. L'obiettivo della Commissione europea nel giugno del 2008 era quello di promuovere la competitività delle PMI nel mercato unico e nei mercati globali, anche al fine di rafforzare il loro ruolo nel creare nuovi posti di lavoro. La crisi economica e finanziaria ha rafforzato ulteriormente queste esigenze e ha reso più urgente l'adozione di politiche comuni a sostegno delle imprese di dimensioni ridotte. In questa prospettiva a dicembre 2008 il Consiglio ha individuato in un *Action Plan* un

(108) Commissione europea, COM(2009) 680.

complesso di misure che possono essere adottate per far fronte alle difficoltà e rispondere al meglio alle esigenze di questi operatori di fronte alla crisi, concentrandosi principalmente nel sostegno finanziario, l'accesso al mercato e sugli aspetti regolamentari. Il Parlamento europeo ha fornito supporto allo *Small Business Act* ed ha invitato gli Stati membri a darne implementazione. Lo stesso ha fatto il Comitato delle Regioni.

Sia la Commissione che i singoli Stati membri hanno adottato iniziative per migliorare l'accesso alla finanza delle PMI, facilitarne l'accesso nel mercato unico e nei mercati terzi e per migliorare il contesto di riferimento entro cui muovono, in particolare rimuovendo alcuni pesi amministrativi non necessari. La Commissione europea, in particolare ha adottato cinque proposte legislative legate allo SBA. Tra queste si ricordano la c.d. *general block exemption regulation* (GBER) adottata a luglio del 2008 e la proposta sulla riduzione delle c.d. *vat rates*, in vigore dal 1° giugno 2009.

Gli Stati membri in generale hanno dimostrato un certo impegno politico per dare attuazione allo *Small Business Act*, ma con approcci e risultati diversi. Molti paesi lo hanno trasposto per intero nei programmi politici nazionali. Nei rispettivi rapporti nazionali Francia, Inghilterra, Olanda, Finlandia e Romania chiariscono come hanno dato attuazione allo SBA. In particolare, Francia e Inghilterra hanno fatto molti passi avanti. La prima ha adottato diverse misure a sostegno delle PMI nei tre principali settori individuati dallo *Small Business Act Action Plan*; la seconda ha presentato un elenco dettagliato delle misure adottate per ciascuno dei dieci principi dello SBA. In Italia, il Governo ha costituito un gruppo di lavoro che ne monitori l'attuazione, con una serie di iniziative da adottare in dieci aree diverse.

Con particolare riferimento al settore del *public procurement*, in Europa resta aperto il dibattito sulla compatibilità di alcune misure a sostegno delle PMI con il principio di parità di trattamento. Molti difendono l'introduzione di misure come un mezzo per sostenere le opportunità che le imprese di ridotte dimensioni hanno di fare *business* e sviluppare il mercato del lavoro e come strumento per consentire loro di superare il divario iniziale rispetto alle grandi imprese e agevolare l'accesso al mercato. Permangono, tuttavia, dubbi circa il potenziale contrasto con l'*Agreement on Government*

Procurement o GPA, l'accordo plurilaterale sugli appalti (109), cui aderiscono 12 paesi (110), oltre all'Unione europea. Sono obbligati ad applicarlo soltanto i paesi firmatari secondo la regola della stretta reciprocità. D'altro canto, si osserva che gli Stati Uniti fanno parte del GPA ma non hanno rinunciato al loro *Small Business Act*.

Si delineano alcune specifiche misure che potrebbero essere prese in considerazione.

Una prima opzione potrebbe essere quella di allearsi con altri paesi al tavolo mondiale. Il GPA prevede, per i membri che partecipano all'accordo (tra cui Unione Europea, Usa, Giappone), l'impegno a rispettare alcune regole comuni per gli appalti pubblici, al fine di evitare forme di discriminazione e favorire una concorrenza internazionale leale tra imprese. In sede di revisione, si potrebbe fare leva sul pieno rispetto della clausola di reciprocità per chiedere di adottare all'interno dell'Unione Europea una deroga al GPA che permetta l'adozione, ove desiderabile dai singoli Stati membri, di quote simili a quelle statunitensi per l'aggiudicazione di appalti a favore delle piccole imprese (111). Alcuni paesi si sono già mossi in tale direzione, con poco successo vista la necessità di un coordinamento forte e stretto tra molti Stati membri dell'UE.

Una seconda ipotesi potrebbe essere quella di proporre una modifica delle direttive comunitarie. Una normativa europea in materia di *set-asides* eliminerebbe ogni questione di compatibilità tra

(109) Stipulato a Marrakesh, il 15 aprile 1994 (testo italiano in *GUCE*, 23 settembre 1996, n. C 256), a conclusione dell'*Uruguay Round*, è soggetto al controllo dell'Organizzazione mondiale del commercio. La sua disciplina persegue l'obiettivo di ampliare il campo della concorrenza internazionale e di rendere non discriminatoria e più trasparente l'applicazione delle norme, delle procedure e delle prassi relative ai contratti pubblici di fornitura di beni e servizi, e di realizzazione di lavori o più di una di queste prestazioni, anche a livello regionale e locale. Sul tema tra gli altri H. C. CASAVOLA, *L'appalto pubblico e la globalizzazione*, in V. CUFFARO, C. FRANCIINI, *op. cit.*, pp. 64 ss.

(110) Si tratta di Canada, Corea del Sud, Stati Uniti, Hong Kong per conto della Cina, Islanda, Israele, Giappone, Liechtenstein, Norvegia, Paesi Bassi per conto di Aruba, Singapore e Svizzera. Di questi soltanto Hong Kong e Corea del Sud sono considerati paesi in via di sviluppo, nel sistema del commercio internazionale. Nel 2006, la Cina si è impegnata ad avviare, entro il 31 dicembre 2007, le negoziazioni formali per aderire all'accordo (*2007 Trade Policy Agenda and 2006 Annual Report del United States Trade Representative*, Washington, marzo 2007, 161, disponibile al sito www.ustr.gov).

(111) L'art. 133 del Trattato prevede che la Commissione alle Politiche Commerciali, sottopone proposte al Consiglio che autorizza la Commissione ad avviare le negoziazioni necessarie per le modifiche al GPA. Le negoziazioni sono condotte — nel quadro delle direttive individuate dal Consiglio anche a maggioranza qualificata — dalla Commissione in consultazione con un Comitato speciale, il c.d. Comitato 133, designato dal Consiglio.

diritto interno e diritto comunitario sovraordinato e potrebbe aiutare ad armonizzare le singole discipline nazionali in materia con l'effetto di sostenere lo sviluppo delle PMI in tutta Europa. Si è detto che, secondo una certa impostazione, una modifica delle direttive che preveda la possibilità di bandire gare riservate alle imprese medie e piccole europee potrebbe avvenire senza porsi in contrasto col Trattato, perché nel rispetto del principio di parità di trattamento.

Si ricorda che la parità di trattamento invocata dalla Comunità europea è un obiettivo tendenziale che presuppone pari condizioni di partenza tra gli operatori economici. Solo assicurando condizioni di partenza eguali, cioè eliminando le disparità e i pregiudizi che impediscono l'accesso al mercato ad alcuni operatori economici, è possibile realizzare un'effettiva concorrenza per il mercato. Il principio di parità di trattamento proibisce sostanzialmente di trattare in maniera diversa situazioni simili o di trattare allo stesso modo situazioni differenti. Di fatto, le PMI sono una realtà diversa rispetto alle imprese di grandi dimensioni, che necessitano in quanto tale di un trattamento differenziato. Ciò nel pieno rispetto del principio di parità di trattamento riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia come principio generale del diritto.

In particolare, i *set-asides* a favore delle PMI potrebbero riguardare i contratti sottosoglia. Come sopra ricordato, non sarebbe corretto adottare un'interpretazione ampia del principio di eguaglianza per i contratti sotto soglia, desumendo dalla lettura del Trattato requisiti aggiuntivi che solo le direttive sugli appalti possono fissare. Se venisse avallato tale orientamento, potrebbe ritenersi percorribile una politica di *set-aside* per le PMI, a condizione che non risulti in alcun modo discriminatoria nei confronti di quelle di altri Paesi europei. Nonostante il permanere di un certo dibattito sul tema potrebbe essere positivo un tentativo che produca giurisprudenza al riguardo.

Una sicura opzione, comunque, resta quella di garantire il pieno rispetto della normativa sui contratti pubblici in vigore, per rendere i processi di affidamento più lineari e trasparenti e assicurare un mercato aperto e concorrenziale anche nella prospettiva di un *PMI more friendly public procurement*. In questa prospettiva le stazioni appaltanti potrebbero fornire informazioni adeguate e offrire supporto e assistenza nella preparazione delle offerte.

Inoltre, è possibile utilizzare opportunamente gli strumenti giuridici già in vigore per favorire lo sviluppo delle PMI. Tra questi si

ricorda la disciplina contenuta nel Codice in materia di contratti sottosoglia; la possibilità di incentivare il ricorso alla procedura negoziata con le imprese di dimensioni ridotte; l'adozione della procedura ristretta semplificata per appalti aventi ad oggetto la sola esecuzione dei lavori di importo inferiore a 1 milione di euro; la possibilità per le pubbliche amministrazioni di imporre al concessionario di lavori pubblici l'affidamento alle PMI di appalti per una percentuale non inferiore al 30%; la possibilità, entro i limiti sopra ricordati, di dividere i lotti di grandi dimensioni, nel rispetto della disciplina in vigore e della cautela suggerita dalla giurisprudenza.

La maggior parte delle misure ipotizzate, proprio in quanto finalizzate a stimolare e rafforzare la partecipazione degli operatori di dimensioni contenute nel mercato dei contratti pubblici, sono in grado di indurre un limite al mercato e si pongono in tensione con il principio di parità di trattamento previsto dal diritto. Il punto qualificante della questione, tuttavia, non è solo nel valore da riconoscere al principio di parità di trattamento, che è innegabile e costituisce uno dei corollari del principio di concorrenza. La tutela della concorrenza, unitariamente ai principi generali di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, costituiscono il cuore pulsante del mercato ma, in quanto tali, devono potersi conciliare con altri obiettivi esplicitati dal Trattato stesso.

La questione è come rendere compatibili i diversi obiettivi posti dal diritto comunitario, cercando, per quanto possibile, di evitare prese di posizione anelastiche che mal si conciliano con la realtà delle cose e finiscono per tagliare fuori alcuni importanti risvolti dello stesso principio, privandolo di parte del suo significato.