



***OPPORTUNITÀ E LIMITI PER LE PMI
NEL CONTESTO DEL CODICE DEI
CONTRATTI PUBBLICI***

di Angelo Equabile

*Copyright 2020 Diritto per il Futuro Srls
Novembre 2020
ISBN 978-88-31212-13-7*

Indice

INTRODUZIONE	1
 CAPITOLO 1: PMI E PUBLIC PROCUREMENT: PROFILI ECONOMICI	2
1.1 PMI: definizione e peso strategico.....	3
1.2 PMI e public procurement: <i>pro e contra</i>	5
1.3 Strumenti di coinvolgimento delle PMI nel public procurement	7
1.3.1 E-public procurement	8
1.3.2 Appalti pubblici e divisioni in lotti	14
1.3.3 Appalti pubblici e subappalto	16
 CAPITOLO 2: LA TUTELA DELLE PMI PREVISTA DAL D.LGS 50/2016	19
2.1 SBA e gli obiettivi europei	19
2.2 Le PMI e il public procurement: un <i>overview</i> sul D.gs 50/2016	20
2.3 Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni	22
2.4 Il principio di rotazione	23
2.5 Misure di semplificazione delle procedure di gara.....	24
2.6 La suddivisione della gara in lotti	25
2.7 La richiesta dei requisiti finanziari, tecnici e professionali	27
2.8 Le difficoltà per le PMI e il rating di legalità	29
2.9 Il subappalto: evoluzione e modifiche normative	31
 CAPITOLO 3: INTERVENTI A SUPPORTO DELLE PMI	34
3.1 La politica europea di supporto alle PMI: il codice di buone pratiche europeo	34
3.2 Criteri di preferenza: Valorizzazione dell'elemento territoriale delle aziende.....	35
3.3 Uno sguardo sul procurement extra europeo: Set - aside e bid price preferences	37
 CONCLUSIONE	40
 BIBLIOGRAFIA	42

INTRODUZIONE

Il presente lavoro affronta il tema dell'accesso delle Piccole Medie Imprese al procurement pubblico attraverso un'analisi sia di tipo economica che normativa. Negli ultimi tempi, la funzione acquisti ha guadagnato un peso strategico nelle organizzazioni, le quali non si limitano unicamente all'approvvigionamento di beni e servizi ma intraprendono altresì percorsi di medio lungo periodo che conducono sia ad una riduzione dei costi che ad una crescita in termini di produttività ed efficacia. In molti paesi, gli appalti pubblici sono considerati come una leva della politica industriale, grazie anche all'enorme volume di affari che generano, per orientare la distribuzione della ricchezza in maniera equa e capillare.

In un contesto in cui la maggioranza delle imprese esistenti è di piccola media dimensione, risulta essere determinante l'azione del decisore politico nell'intraprendere strategie di acquisto che favoriscano la partecipazione di tutte le imprese a prescindere della loro grandezza. In quest'ottica il legislatore europeo, nell'ultimo ventennio, ha promosso una serie di iniziative dirette alla costruzione di un mercato pana-europeo del public procurement ma con scarsi risultati sul versante della ricezione delle direttive sulla materia contrattualistica da parte dei paesi membro, venendosi a determinare un'Europa a doppia velocità con alcuni paesi capofila e altri invece fanalini di coda. Le motivazioni di questo mancato coordinamento in tema di politiche industriali, sociali ed economiche si potrebbero ricercare nella presenza di un substrato variegato di culture e storie dei paesi membri caratterizzati da *bias* economici e sociali che in taluni casi favoriscono fenomeni di corruzione e collusione.

Per quanto sopra, il presente lavoro intende fornire una fotografia sullo stato dell'arte degli appalti in Italia attraverso un'analisi dei principali articoli del D. lgs.50/2016 (comunemente conosciuto come il Codice dei Contratti Pubblici) dedicati alle PMI, nonché fornire delle propedeutiche conoscenze sugli strumenti che gli Stati economicamente avanzati hanno a disposizione per favorire le PMI negli appalti pubblici.

Nel primo capitolo si conduce un'analisi di tipo economica che spiega i riflessi positivi del coinvolgimento delle PMI nella fornitura di beni e servizi. Si analizzano sia le principali strategie adottate sia gli strumenti a disposizione delle amministrazioni pubbliche per operare una corretta funzione degli acquisti ovvero: l'E-public procurement, la suddivisione degli appalti e il subappalto. Questi tre principali strumenti rivestono un ruolo determinante nella lotta alla marginalizzazione delle PMI soprattutto nelle grandi commesse pubbliche e fanno da volano per condurre le imprese più piccole alla massima partecipazione.

Nel secondo capitolo, si conduce un'analisi di tipo normativa dei principali articoli del D.lgs. 50/2016 che in maniera più o meno incisiva prevedono disposizioni a favore delle PMI nelle commesse pubbliche. Nel recente Codice dei Contratti si percepisce, più di quanto già accadeva nelle precedenti edizioni, una volontà da parte del Legislatore di favorire chi è più piccolo, ma al contempo si evidenziano i limiti derivanti da una normativa che troppo repentinamente è stata modificata, sottraendo tempo utile a consolidare e a metabolizzare le nuove disposizioni sia da parte degli operatori economici che dalle pubbliche amministrazioni.

I primi due capitoli sono legati tra loro in quanto il primo fornisce gli elementi che giustificano le scelte del decisore politico nell'utilizzo degli strumenti succitati mentre il secondo capitolo svela come l'impianto normativo del Codice dei Contratti regola e disciplina tali strumenti. In altri termini il primo capitolo intende ricercare il *perché* utilizzare strumenti a supporto delle PMI mentre il secondo capitolo si prefigge di scoprire il *come* utilizzare questi ultimi.. Le due strade, quella politica - economica e quella normativa si incontrano su determinati percorsi ma resistono ancora alcune divergenze, per lo più legislative, sui punti più sensibili in cui si rischiano distorsioni speculative come per esempio può accadere per il subappalto.

Nel terzo capitolo si affronta uno studio di alcune politiche di incentivo per le PMI al fine di comprendere lo stato dell'arte del sistema di public procurement italiano. L'intento del capitolo è quello di mettere in contrasto due fra i principali orientamenti adottati da alcuni paesi per agevolare le PMI ossia uno di tipo propositivo che si configura nella valorizzazione delle imprese presenti sul territorio e che la cui adozione è demandata alle singole stazioni appaltanti mentre l'altro è di tipo impositivo e che si realizza attraverso il set -aside di stampo americano che ha una connotazione conservativa.

Ad oggi si può affermare che le politiche degli appalti seguono un orientamento olistico data l'importanza che hanno sia in campo economico che in quelli occupazionale, tecnologico e sociale. Gli appalti pubblici sono oggi più di ieri il nuovo terreno su cui le autorità politiche devono confrontarsi costruttivamente per poter raccogliere risultati positivi che coinvolgono una buona fetta dell'economia nazionale.

CAPITOLO 1

PMI E PUBLIC PROCUREMENT: PROFILI ECONOMICI

1.1. PMI: Definizioni e peso strategico.

Prima di intraprendere la disamina del contributo positivo che le PMI hanno nell'economia europea è opportuno partire dalla loro definizione. La definizione di micro, piccola e media impresa (PMI) è contenuta nella Raccomandazione UE 6 maggio 2003, n. 2003/361/CE ed è utile per individuare quale impresa può accedere a bandi e contributi pubblici. I parametri che determinano la dimensione della impresa e quindi caratterizzarla quale PMI hanno decorrenza dal 1° gennaio 2005 e sono i sottoelencati:

- *Media impresa*, quando il numero dei dipendenti è inferiore a 250, quando il fatturato annuo non supera i 50 milioni di Euro o il totale dell'attivo dello Stato Patrimoniale non supera i 43 milioni di Euro;
- *Piccola impresa*, quando il numero di dipendenti è inferiore a 50, quando il fatturato annuo o il totale dell'attivo dello Stato Patrimoniale annuo non superino i 10 milioni di Euro;
- *Micro impresa*, quando il numero dei dipendenti è inferiore a 10, quando il fatturato annuo o il totale dell'attivo dello Stato Patrimoniale annuo non superino i 2 milioni di Euro¹.

Secondo un'analisi dell'OCSE, risultata essere in linea anche con i dati forniti dall'UE, le PMI rappresentano il 99% di tutte le imprese, inoltre nel 2013 hanno prodotto più della metà del prodotto interno lordo dell'UE aggiungendo il 58% del valore aggiunto nel settore². In termini di occupazioni le PMI impiegano il 67 per cento della forza lavoro europea che equivale a circa 90 milioni di lavoratori³, ciò equivale quasi una persona su tre è impiegata in una micro-impresa con meno di 10 dipendenti e i restanti due terzi in una PMI. Nel complesso, il settore delle PMI presenta

1 Fonte: www.etd.adm.unipi.it

2 Fonte: SMEs access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU. Studio preparato per la Commissione Europea da PwC, ICF, GHK, e Ecorys

3 Fonte: Special working paper - Annual Report on European SMEs - 2014 / 2015 - SMEs start hiring again al sito internet: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/16341/attachments/4/translations?locale=it>

modelli simili nei paesi dell'OCSE ed è rimasto stabile nel tempo⁴ ed in particolare nel contesto Italiano abbiamo che la maggioranza delle imprese è rappresentata dalla micro imprese⁵. Nel riquadro di cui sotto si evidenzia bene la distribuzione delle PMI sia in termini di dimensioni che di valore aggiunto.

Class size	Number of enterprises			Number of persons employed			Value added		
	Italy		EU-28	Italy		EU-28	Italy		EU-28
	Number	Share	Share	Number	Share	Share	Billion €	Share	Share
Micro	3,599,695	94.9%	93.0%	6,719,319	44.9%	29.7%	208.1	28.4%	20.8%
Small	172,324	4.5%	5.9%	3,088,490	20.7%	20.1%	151.8	20.7%	17.6%
Medium-sized	19,226	0.5%	0.9%	1,873,898	12.5%	16.8%	131.0	17.9%	18.0%
SMEs	3,791,245	99.9%	99.8%	11,681,707	78.1%	66.6%	490.9	66.9%	56.4%
Large	3,380	0.1%	0.2%	3,270,222	21.9%	33.4%	242.5	33.1%	43.6%
Total	3,794,625	100.0%	100.0%	14,951,929	100.0%	100.0%	733.3	100.0%	100.0%

These are estimates for 2018 produced by DIW Econ, based on 2008-16 figures from the Structural Business Statistics Database (Eurostat). The data cover the 'non-financial business economy', which includes industry, construction, trade, and services (NACE Rev. 2 sections B to J, L, M and N), but not enterprises in agriculture, forestry and fisheries and the largely non-market service sectors such as education and health. The following size-class definitions are applied: micro firms (0-9 persons employed), small firms (10-49 persons employed), medium-sized firms (50-249 persons employed), and large firms (250+ persons employed). The advantage of using Eurostat data is that the statistics are harmonised and comparable across countries. The disadvantage is that for some countries the data may be different from those published by national authorities.

Fonte: Sba Fact Sheet 2019

Guardando i numeri della tabella di cui sopra si intuisce l'importanza del public procurement per le PMI e a tal proposito l'Unione Europea ha posto grande attenzione anche a queste ultime sin dall'introduzione delle direttive 2004 /18 e 2004/17 e poi delle più recenti 2014/23/EC e 2014/24/, queste ultime recepite dal nostro ordinamento con il Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs 50/2016). Con tali direttive l'UE promuove uguale accesso e opportunità, a tutte le imprese indipendentemente dalla loro dimensione, agli appalti ad alto valore ossia a quegli appalti con un valore superiore alle soglie comunitarie⁶. Nonostante tale incoraggiamento, i dati mostrano che le PMI europee accedono ai contratti pubblici in maniera poco armonica e restituiscono una situazione diversa per ogni stato membro, nonostante il tessuto economico di ogni nazione sia costituito per la stragrande maggioranza da Piccole Medie imprese. Il peso strategico degli appalti è

4 Fonte: OECD (2015) Structural and Demographics Business Statistics Database,

5 Fonte: https://www.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/data/structural-and-demographic-business-statistics_sdb-data-en

6 Sono valori che cambiano ogni anno e che sono determinati in sede europea. Oltre tali soglie vige l'obbligo di svolgere una gara aperta, tranne nei casi contemplati dall'art. 35 del D.Lgs 50/2016. Per l'anno 2020 la soglia comunitaria per beni e servizi è di 139.000 € per gli organi centrali (es, ministero) e 214.000€ per organi periferici (es. comuni) mentre per gli appalti di lavoro è di € 5.350.000.

determinato anche dal fatto che le autorità pubbliche dei paesi dell'UE spendono in appalti pubblici circa il 14% del PIL, percentuale che corrisponde ad un valore di 1900 miliardi di euro.⁷

1.2. PMI e public procurement: *pro e contra*

Il Public Procurement è il processo attraverso il quale la pubblica amministrazione si approvvigiona di beni, servizi e lavori di cui ha bisogno e si inserisce nel *genus* della spesa pubblica. Ogni acquisto è condotto da una Stazione Appaltante per consentire la funzionalità della stessa, come per esempio l'acquisto da parte del Ministero della Difesa di armamenti per assolvere al suo compito di protezione dei confini.

Il Public Procurement può essere usato anche per raggiungere obiettivi sociali od economici che non sono connessi alla funzionalità diretta degli uffici pubblici, per esempio, la Pubblica Amministrazione può avere l'obiettivo di tutelare i diritti dei lavoratori attraverso alcune politiche di acquisto che obbligano ad approvvigionarsi di prodotti che non derivino dallo sfruttamento di lavoro minorile, oppure, può avere l'obiettivo di ridurre l'inquinamento imponendo dei criteri minimi ambientali che le aziende devono rispettare nell'esecuzione di lavori.

Questi tipi di obiettivi sono definiti in ambito europeo come orizzontali o secondari,⁸ fra gli obiettivi secondari che ci si prefigge di raggiungere con il Public Procurement c'è la promozione delle PMI così come indicato nel Code Of Best Practice: *“Una maggiore partecipazione delle PMI alle commesse pubbliche potrà incrementare la concorrenza nel settore degli appalti pubblici, aumentando la convenienza per le stazioni appaltanti. Oltre a ciò, pratiche di aggiudicazione degli appalti pubblici più competitive e trasparenti consentiranno alle PMI di liberare il loro potenziale di crescita e innovazione con effetti positivi sull'economia europea⁹.”* Da questa dichiarazione risulta l'importanza strategica delle PMI sia per il Public Procurement che per l'economia europea ovvero per il loro contributo in termini di occupazione e valore aggiunto. A tal proposito il monitoraggio della quota complessiva di appalti pubblici aggiudicati alle PMI è utile al decisore politico per intraprendere azioni che le supportino. Fra le azioni più importanti vi è la valorizzazione dell'e-procurement che sta portando avanti un percorso di digitalizzazione degli appalti in generale andando a costituire quello che comunemente è descritto come e – public procurement.

7 Scheda tematica per il semestre europeo sugli appalti pubblici https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_it.pdf in questa stima sono escluse le spese delle aziende di fornitura dei servizi. Le stime precedenti, che includono gli appalti pubblici per fornitura di servizi, si aggirano attorno al 19% del PIL dell'UE, percentuale che corrisponde a circa 2300 miliardi di EUR.

8 Fonte: S. Arrowsmith & P. Kunzlik (eds), Public Procurement and Horizontal Policies in EC Law: General Principles, in Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions (CUP 2009).

9 Fonte: European Code Of Best Practices Facilitating Access By Smes To Public Procurement Contracts.

Il coinvolgimento delle PMI negli appalti pubblici si inserisce in un'ottica WIN - WIN in cui entrambi gli attori traggono utilità dalla collaborazione, ad esempio si configurano benefici da parte degli operatori economici in quanto:

- hanno la certezza di avere un cliente fair in ragione del fatto che la Pubblica Amministrazione opera in un regime di leggi e regolamenti ben precisi che li pongono in una condizione paritetica;
- dopo la conclusione del rapporto lavorativo, i fornitori possono incrementare la loro credibilità sul mercato e crescere in termini di competitività.

Da parte della P.A. si possono sfruttare:

- il buon rapporto prezzo/qualità delle prestazioni o forniture delle PMI derivante, tra l'altro, dai minori costi che affrontano le piccole imprese rispetto alle grandi;
- la flessibilità e capacità di adattamento per fronteggiare meglio le esigenze del cliente pubblico, un esempio al riguardo può essere la grande richiesta da parte della protezione civile di mascherine e DPI per fronteggiare l'emergenza Covid - 19 che ha visto molte PMI riconvertire la loro attività.

Nonostante questi motivi le PMI continuano a non essere predominanti nella quota di aggiudicazione degli appalti pubblici. L'Italia è al penultimo posto per l'anno 2017 nella classifica dei paesi UE per quanto concerne la quota di appalti pubblici aggiudicati a PMI con un valore del 14,35 % rispetto alla media europea del 51,35%. ¹⁰ Questo dato per alcuni economisti è rappresentativo di un "fallimento di mercato" che si esplica in una serie di punti:

- Una inadeguata informazione data alle PMI per la partecipazione al mercato degli appalti pubblici;¹¹
- Una eccessiva grandezza dei contratti. Per contratti superiori ai 60.000 euro si verifica una minore partecipazione;¹²
- I costi per la partecipazione al Public Procurement risultano essere più alti di almeno il 10 % rispetto a progetti simili nel settore privato (es. garanzie di offerta, imposte di registrazione, tempo e risorse impiegate per offerta ecc.);¹³

¹⁰ Fonte: SBA sheet 2019.

¹¹ Fonte: Storey, D. (1999). "Six Steps to Heaven: Evaluating the Impact of Public Policies to Support Small Businesses in Developed Economies." In D. L. Sexton and H. Landstrom (Eds.), *Handbook of Entrepreneurship*. (pp. 176-194). Oxford, UK: Blackwells

¹² Fonte: SMEs access to public procurement

¹³ Fonte: Fee, R., Erridge, A., & Hennigan, S. (2002). "SMEs and Government Purchasing In Northern Ireland: Problems And Opportunities." *European Business Review*, 14 (5): 326 – 334

- Tempi di preparazione per la gara troppo stretti;
- Mancanza di specialisti o di uffici gare in grado di fare offerte economicamente più vantaggiose, laddove l'enfasi è spostata dal prezzo alla qualità riducendo le possibilità di vincita¹⁴;
- Gestione di contratti complessi successivamente all'aggiudicazione e maggiore esposizione a contenziosi;
- Ritardi nei pagamenti da parte della P.A. soprattutto in Italia che si aggira intorno a 31 giorni di ritardo rispetto alla media europea 8.12 per cento¹⁵
- Poca attrazione da parte delle micro imprese perché le loro attività non soddisfano le esigenze della P.A.¹⁶ (es. fioristi, artigiani e in generale chi lavora per il soddisfacimento di esigenze individuali);
- PMI che non figurano nelle statistiche in quanto sono subfornitori;

1.3 Strumenti di coinvolgimento delle PMI nel public procurement

Un survey sui paesi OCSE ha dimostrato che questi hanno l'obiettivo di abbattere le barriere elencate nel paragrafo precedente e sfruttare i benefici derivanti dal coinvolgimento delle PMI nel processo del public procurement e a tal proposito mettono in atto strategie che portino a facilitare l'accesso delle PMI ai contratti pubblici; garantire condizioni di parità nel gioco della concorrenza; aumentare la competitività nelle PMI nazionali; stimolare la crescita di lavoro attraverso la crescita delle PMI, incentivare l'innovazione.

Gli strumenti a supporto di queste strategie risultano essere in ordine di importanza:

- L'uso dell'e-procurement;
- La suddivisione dei contratti in lotti;
- La costituzione di Consorzi o RTI che coinvolgano le PMI;
- Semplificazione dei processi e della richiesta di documentazione per le PMI;
- Incentivazione ai *prime contractors* a fare dei subappalti con le PMI;
- Pagamenti più celeri per le PMI;

¹⁴ Fonte: Evaluation of SMEs' Access to Public Procurement Markets in the EU: Final Report disponibile al sito:

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business_environment/files/smes_access_to_public_procurement_final_report_2010_en.pdf

¹⁵ Fonte: SMA act sheet 2019.

¹⁶ Fonte: OECD (2018) Public Governance Reviews SMEs in Public Procurement Practices and strategies for shared Benefits.

- Agevolazioni finanziarie per le PMI¹⁷.
- Alfabetizzazione digitale delle PMI;

L'elenco di cui sopra potrebbe ulteriormente proseguire ma nelle prossime pagine ci dedicheremo all'analisi di soli tre principali strumenti appena elencati ossia *l'e-procurement* che riduce le distanze e i tempi necessari a proporre offerta, *la suddivisione degli appalti in lotti* quale moltiplicatore di opportunità attagliate alle aziende di piccole dimensioni e il *subappalto* che costituisce una porta secondaria per gli appalti di grosse dimensioni che richiedono requisiti e competenze specifiche.

Come possiamo vedere, la politica economica qui sottesa ci fa capire quanto è resiliente il sistema degli appalti e come il suo funzionamento possa essere orientato verso obiettivi determinati, fra cui quello oggetto di studio del presente lavoro, in altre parole gli appalti pubblici possono essere una spinta al tessuto economico nazionale che è costituito per lo più dalle piccole medie imprese.

La visione di una spesa pubblica che sia orientata al massimo coinvolgimento degli operatori economici trova solide basi nelle teorie keynesiane¹⁸ per cui gli interventi pubblici possono essere orientati a incrementare i consumi e l'ammodernamento tecnologico del paese. Questo ovviamente non significa che debbano esistere forme assistenzialistiche da parte dello Stato attraverso la creazione di esigenze di soccorso per uscire da situazioni di impasse, piuttosto, significa che la spesa pubblica, necessaria alla sopravvivenza della macchina statale, può, in un'ottica di *dual use*, essere maggiormente sensibile alle imprese che faticano a lavorare nel settore pubblico e realizzare in questo modo un circolo vizioso che permette la crescita ad entrambi.

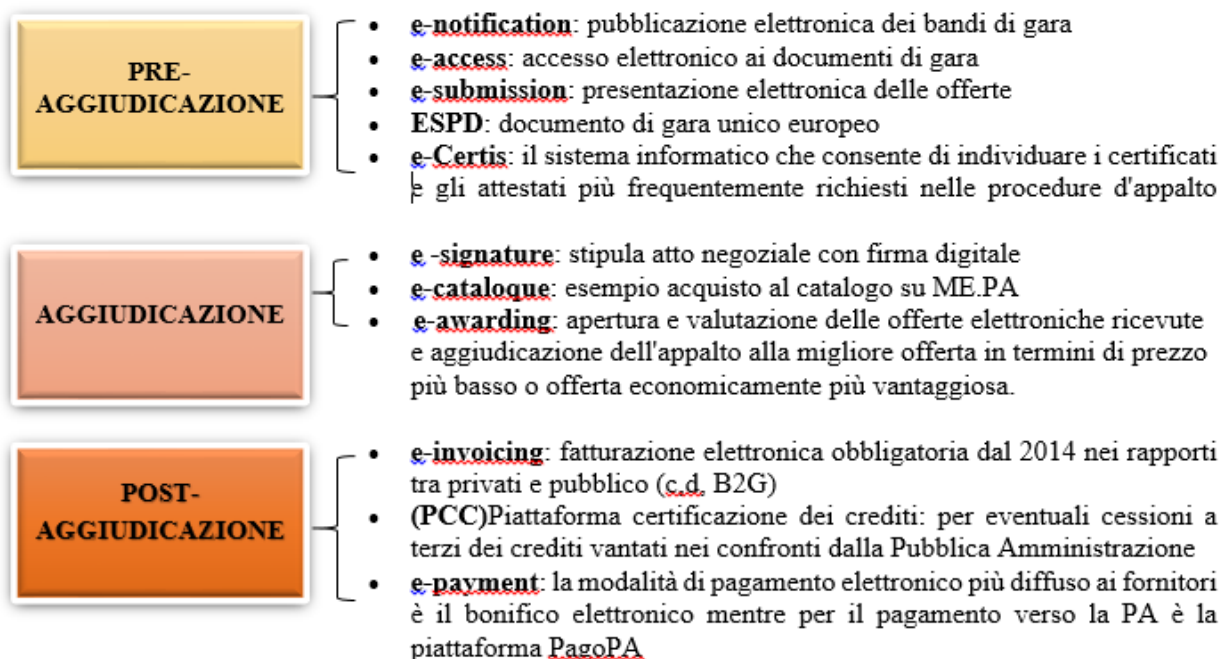
1.3.1. E-public procurement

In Italia esistono quasi 32.000 stazioni appaltanti per cui non è sempre facile per una piccola impresa riuscire ad essere informata in tempo reale sulle opportunità commerciali offerte dai bandi di proprio interesse e se la società non è dotata di un ufficio gare, difficilmente riuscirà a scremare i bandi accessibili da quelli più stringenti.

¹⁷ Fonte: OECD (2017) survey on strategic use of public procurement to support SMEs.

¹⁸ Jhon Maynard Keynes ha dimostrato che il reddito e l'occupazione sono funzione della domanda globale. Essa è data dai consumi privati (C), dagli investimenti (I) e dalla spesa pubblica che in questo caso noi considereremo per la sola componente appalti pubblici (G). La relazione positiva fra appalti e reddito nazionale è derivabile dalla formula: $Y = C + I + G$ per cui all'aumentare degli appalti c'è un aumento del benessere nell'economia nazionale.

Per quanto sopra, un'opportunità per le PMI potrebbe vedersi nell' e- public procurement ossia l'implementazione di tutte le fasi del procedimento amministrativo della gara pubblica mediante l'utilizzo dell'ICT¹⁹, dalla fase di pre-aggiudicazione a quella post- aggiudicazione.



Fonte: Propria elaborazione grafica di contenuti derivanti dal sito di Agid e Jointus

Ad oggi, ogni paese avanzato ha almeno una piattaforma elettronica su cui pubblicare informazioni e opportunità di collaborazioni. Questo è il caso in cui l'interesse secondario (orizzontale) è raggiunto sia dal lato della domanda che della offerta nel senso che gli effetti positivi ricadono sia sulla pubblica amministrazione che sugli operatori economici in termini di efficienza ed efficacia rispetto a quelli che erano le procedure cartolari del passato.

I riflessi positivi derivanti dall'uso dell'e-public procurement sul lato della offerta si concentrano principalmente attorno ad un unico baricentro ossia l'accesso e alle informazioni e quindi maggiori opportunità lavorative. Infatti la mancanza di informazione da parte delle PMI sui bandi di gara è considerato come uno dei principali ostacoli alla loro effettiva partecipazione. Qui di seguito si elencano una serie di effetti positivi che le aziende possono sfruttare dall'utilizzo

¹⁹ Information and Communications Technology ossia l'insieme delle tecnologie informatiche che consentono la comunicazione e il trasferimento delle informazioni, ad esempio server, reti intranet, internet, applicativi gestionali ERP, ecc.

dell'e-procurement nel rapporto G2B e rielaborando e analizzando un precedente sondaggio condotto su un gruppo di imprese edili portoghesi scopriamo che si hanno degli:²⁰

- a) *Impatti positivi percepiti sulla competitività delle imprese e sull'integrazione digitale del personale:* l'e-procurement permette di superare i confini geografici e attribuire all'impresa una ubiquità che decuplica le sue opportunità di accesso al mercato pubblico. Altro importante fattore è quello strategico in quanto le imprese potendo accedere gratuitamente alle informazioni sulle offerte dopo la conclusione della gara possono studiare il comportamento della concorrenza e riescono quindi per il futuro, a sviluppare proposte più attagliate alle richieste di offerta.
- b) *Impatti economici e finanziari positivi indotti dal nuovo sistema di contratti:* si riducono i costi di transazione derivanti dal trasporto, dalla spedizione di documenti cartacei e partecipazione a sedute di apertura di buste, liberando il personale per attività a maggiore valore aggiunto. In media il risparmio è del 25 – 30% per ogni proposta e si risparmiano tra i 100 € e i 200€ per offerta che moltiplicato per il numero di offerte per anno il risparmio è notevole. Si pensi ad esempio all'apposizione della firma digitale che consente di perfezionare a distanza gli atti negoziali con notevoli risparmi su costi di trasporto, mentre fino a pochi anni fa l'atto negoziale, in particolare sui contratti in forma pubblica doveva essere apposta una firma autografa da ambo le parti e ciò comportava lo spostamento dell'operatore economico verso la pubblica amministrazione.
- c) *Impatti percepiti su modelli di marketing e politiche commerciali:* l'uso dell'e-procurement non ha creato forti cambiamenti nell'attività di marketing delle aziende sondate, infatti c'è poca armonia nelle risposte date in quanto non tutte utilizzano l'e-procurement per promuoversi. Tuttavia se consideriamo il caso Italiano del ME.PA ossia la piattaforma elettronica sulla quale la Pubblica Amministrazione può interrogare un catalogo elettronico è ovvio che l'accreditamento sulla piattaforma rende una maggiore visibilità all'azienda rispetto a chi non è presente.
- d) *Investimenti richiesti per la conformità del nuovo sistema:* l'uso dell'e-procurement implica una rivoluzione all'interno dell'azienda che comporta investimenti in *devices tecnologici* e lo staff viene formato su come usare nuovi *tools* fino alla riconversione delle mansioni non più utili. Un altro interessante fenomeno che viene fuori è quello del contagio

²⁰Fonte: Fernandes, Teresa & Vieira, Vítor. (2015). Public e-procurement impacts in small- and medium-enterprises. International Journal of Procurement Management.

tecnologico ossia l'e-procurement funge da volano per incentivare le aziende a integrare la loro supply - chain con altri sistemi tecnologici nel rapporto con i loro sub fornitori.

Alcuni stati-membro come la Lituania, Lettonia ed Estonia hanno già implementato un sito web con alcune caratteristiche di cui sopra, così come anche il Regno Unito ha sviluppato il sito www.contractsfinder.service.gov.uk attraverso il quale le PMI riescono, grazie ad alcuni filtri a trovare le opportunità che meglio si adattano alle loro capacità, regioni nelle quali operano, settore di appartenenza con ricerca mediante CPV, date di pubblicazioni ecc.

Qui sotto un Frame del sito www.contractsfinder.service.gov.uk con possibilità di filtrare la ricerca attagliata alle PMI.

<input checked="" type="checkbox"/> Opportunity (1162)	<p>NOT registered on MultiQuote - visit https://suppliers.multiquote.com then register and quote RA282485 as the reason for registration. Any queries please contact MultiQuote on 0151 482 9230.</p> <p>Contract location BD20 6TD Contract value (low) -- Contract value (high) -- Publication date 13/04/2020 Closing date 14/04/2020 Notice type Opportunity Notice status Open</p>
<input checked="" type="checkbox"/> Future opportunity (140)	
<input checked="" type="checkbox"/> Early engagement (77)	
^ Notice suitability	
Show notices:	
<input checked="" type="checkbox"/> Suitable for SME	
<input type="checkbox"/> Suitable for VCSE	
^ Notice sector	
Which sectors do you wish to view notices from?	
<input checked="" type="checkbox"/> Public sector notice	
<input checked="" type="checkbox"/> Supply chain notice	

RA282479 - COVID 19 - COVERALLS
Wrightington Wigan and Leigh NHS Foundation Trust

PLEASE SPECIFY DELIVERY COSTS AND LEAD TIME - REQUIRED URGENTLY FOR COVID 19 - To access this competition: login to <https://suppliers.multiquote.com> and view the opportunity RA282479. Not registered on MultiQuote - visit <https://suppliers.multiquote.com> then register and quote RA282479 as the reason for registration. Any queries please contact Mult...

Anche in Italia ci si sta muovendo verso una campagna di informatizzazione delle PMI al fine di cogliere le opportunità derivanti dall'e - public procurement. Una delle iniziative è quella rappresentata da "sportelli in rete". Si tratta di una rete di desks locali che formano le PMI all'utilizzo dei principali strumenti che si trovano sul sito www.acquistinrete.it, ed alcune delle principali sfide da superare sono:

- Consentire il superamento della difficoltà da parte delle PMI connesse all'uso dell'ITC;
- Formare all'uso del MEPA e alle opportunità che offre;
- Supportare i primi passi sul MEPA (registrazione, uso dei cataloghi).

Oggi ci sono più di 370 sportelli di informazioni in tutto il paese che formano migliaia di piccole medie imprese a livello locale e regionale.

Il benchmark a livello internazionale è il KONEPS ossia The Korean On -line Procurement System che è un sistema integrato che consente alle PMI di accedere alle gare mediante un unico sito che integra tutti i processi della gara stessa, ossia dalla pubblicazione del bando al pagamento. Il governo Koreano per incentivare l'utilizzo di questa piattaforma organizza sessioni web-based a livello nazionale sia per le PMI che per le imprese. Questo ha condotto a un risparmio di circa 6,6 miliardi di dollari in costi di transazione nel settore privato, oltre che ad un aumento della partecipazione delle PMI agli appalti pubblici nel periodo 2003-2010 passando dal 55% al 75%.²¹

Garantire l'accesso alle informazioni si inserisce nella missione dell'articolo 41 del D.Lgs 50/2016 e quindi la P.A. è chiamata a sviluppare misure di semplificazione anche attraverso l'e-government. Più in generale la terna essenziale affinché l'articolo 41 raggiunga la sua *mission* è: semplificazione, interoperabilità e standardizzazione.

Spostandoci sul versante dell'internazionalizzazione delle PMI, in ambito Europeo si stanno muovendo timidi passi verso questi tre punti cardini mediante il progetto che prende le mosse da un gruppo di lavoro del CEN (comitato europeo per la standardizzazione che lavora su interfacce per il public procurement in Europa) ossia il progetto BII (business interoperability interfaces). Il CEN BII ha definito una serie minima di elementi informativi fondamentali dei documenti e dei processi aziendali coinvolti negli appalti pubblici elettronici. Questi sono pubblicati come un insieme di specifiche tecniche, chiamati profili CEN BII, e documentati come accordi di laboratorio CEN²². Dalla definizione di cui sopra si percepisce che l'obiettivo del CEN è diffondere standard.

Il CEN BII si inserisce in un progetto ancora più grande iniziato nel 2008 in ambito commissione europea ossia il PEPPOL (Pan-European Public Procurement On-Line). PEPPOL non è una piattaforma di e-Procurement ma fornisce invece una serie di specifiche tecniche che possono essere implementate nelle soluzioni di e-Procurement esistenti e nei servizi di scambio di e-Business per renderle interoperabili tra sistemi diversi in Europa. Il sistema PEPPOL prevede che in ogni paese ci sia un'autorità (nel nostro caso l'AGID) che rilasci la qualifica a società private per poter diventare AP (Access point) /SMP provider e che opererà su NSO ossia il "nodo di

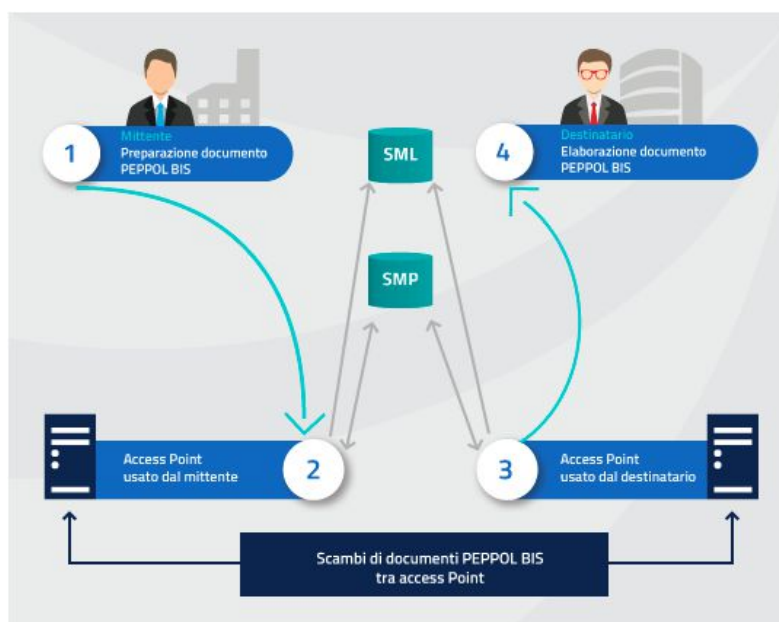
21 Fonte: e- Procurement Experience in Korea: Implementation and Impact (Ho In Kang) June 2012 tratto dal sito: https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/59534/att_20120710ATT48620-583870639169764094.pdf

22 Fonte: <https://eespa.eu/glossary/cen-bii/>

smistamento per gli ordini di acquisto della pubblica amministrazione” gestito dal Ministero dell’Economia e delle Finanze (MEF), che è il gateway centrale per lo scambio di ordini elettronici tra enti pubblici e fornitori.

La Legge di bilancio 2018, ha previsto che a decorrere dalla data che sarà stabilita con appositi decreti ministeriali, tutti gli ordini di acquisto della pubblica amministrazione dovranno essere effettuati esclusivamente in formato elettronico e trasmessi per il tramite del Nodo di Smistamento degli Ordini (NSO). Per gli enti del SSN, l’obbligo decorre dal 1° febbraio 2020.²³ Questo sistema una volta implementato consentirà alla PMI europee di gestire documenti elettronici post-gara e pre-gara con standard riconosciuti a livello europeo dando un incentivo all’internazionalizzazione delle stesse. Il sistema prevede una interazione tra diversi soggetti che è molto simile a quello sotteso al funzionamento della PEC, infatti, come per quest’ultima esistono quattro attori principali: a) il mittente (nel caso del procurement sarà il cliente pubblico che emette l’ordine); b) access point usato dal mittente (ossia uno degli AP privati scelti dal cliente pubblico come avviene per la PEC quando si sceglie a quale gestore affidarsi es. ARUBA, Infocert, Sogei ecc. che processa l’e-order e lo trasmette attraverso il nodo NSO); c) access - point usato dal destinatario (analoga considerazione dell’ acces - point del mittente solo che processa l’ordine in arrivo); d) il destinatario (Il fornitore che riceve l’ordine, fattura ecc. in formato peepol)

Qui sotto si rappresenta uno schema del circuito peepol;



Fonte: intercenter²⁴

²³http://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONI/e_government/amministrazioni_publiche/acquisti_publici_in_rete_apir/nodo_di_smistamento_degli_ordini_di_acquisto_delle_amministrazioni_publiche_nso/

²⁴ <https://intercenter.regione.emilia-romagna.it/noti-er-fatturazione-elettronica/noti-er-informazioni-general/peppol>

Questo sistema di e-Procurement governativo pana-europeo, tuttavia non ha ancora iniziato il suo percorso nel sistema italiano in cui continua ad esistere una molteplicità di sistemi quali SICOGE per la gestione delle fatture, piattaforme on - line delle centrali di committenza come ME.PA a livello nazionale, oppure su base regionale (SATER, SO.RE.SA); esistono svariati siti per operare verifiche sull'operatore commerciale ad es. TELEMACO, AVCPAS e ANAC, ecc.

Dato il caleidoscopico scenario burocratico in cui si potrebbero trovare le PMI europee di altri stati membro che hanno intenzione di uscire fuori dai confini, la commissione ha istituito un il sistema informativo e-Certis, contenente informazioni relative ai documenti richiesti in ogni Stato membro;

1.3.2. Appalti pubblici e divisione in lotti

In questa parte del lavoro analizzeremo le motivazioni che spingono i Governi ad incentivare l'uso della divisione in lotti mentre nel secondo capitolo analizzeremo nel dettaglio l'art. 51 del D.Lgs 50/2016 e affronteremo quindi l'argomento sotto un'ottica normativa.

La direzione adottata in ambito europeo è quella per cui le Stazioni Appaltanti sono obbligate già in fase di programmazione a stabilire se dividere o meno in lotti una gara e laddove non prevedano la suddivisione in lotti, devono motivare tale scelta così' come previsto dall'art. 46 della direttiva europea 24/2014. La difficoltà di operare questa scelta consiste nel trade - off tra:

- risparmi derivati dalle economie di scala con la stipula di un solo contratto;
- incentivo alla concorrenza derivante da più lotti che aumenta sia l'efficienza che la partecipazione delle PMI.

Ed è su quest'ultimo punto che ci soffermeremo ossia analizzeremo in che modo la suddivisione in lotti incentiva le PMI. Tuttavia non è sempre così facile decidere se dividere o meno una gara in lotti in quanto tale considerazione va fatta caso per caso osservando le specifiche caratteristiche del mercato concernenti l'oggetto del contratto.

Le caratteristiche del mercato sono determinate da variabili quali:

- Il numero di aziende che operano in quel mercato;
- Gli aspetti tecnici e qualitativi;
- Velocità del cambiamento tecnologico;
- Grado del rischio di collusione;

- Grado del rischio di dipendenza con un solo fornitore

E' indubbio però che la suddivisione dei lotti incoraggi la partecipazione delle PMI per le seguenti ragioni di natura economica:

- a) L'intuizione iniziale è quella di considerare i lotti come delle piccole gare all'interno di una più grande, e data la loro grandezza ridotta consentono alle aziende più piccole di fare offerta data la loro capacità produttiva /o di garanzia ridotta. Facendo un esempio banale, un'azienda che ha la capacità produttiva di 100 computer a settimana non potrà mai partecipare ad una gara dove il cliente pubblico ne chiede 200 a settimana mentre ciò è possibile se la gara viene divisa in due lotti per una richiesta di 100 computer a lotti;
- b) I lotti generano più contratti che contribuiscono ad aumentare la partecipazione delle PMI in quanto si presenta un ventaglio di opportunità più ampio aumentando la speranza di accaparrarsi almeno una fetta della torta;
- c) Se il numero di lotti supera il numero dei potenziali partecipanti può ingenerare dinamiche di competitività che riducono il rischio di cartelli (AGCM). Questa teoria in realtà è molto discussa in ambito accademico dato che una corrente economica affida alla suddivisione in lotti la qualifica di terreno fertile per generare accordi collusivi fra aziende e di converso un'altra frange di economisti difende la tesi per cui accordi più grandi preparano un terreno fertile per la corruzione;
- d) La suddivisione in lotti è più costosa rispetto all'aggiudicazione di un singolo contratto in una prospettiva a breve termine, tuttavia l'aumento della base di fornitori genera risparmi in una prospettiva a lungo termine.

La suddivisione in lotti comporta comunque anche dei riflessi negativi laddove questi ultimi siano troppo grandi cosicché le piccole aziende lamentano la difficoltà sia a presentare offerte a causa dei stringenti requisiti finanziari richiesti sia a gestire l'esecuzione del contratto date le limitate capacità tecniche. La tendenza a costruire lotti troppo grandi è alimentata da un approccio cumulativo delle Stazioni Appaltanti nel combinare forniture e servizi oppure servizi e opere aumentando la complessità e il valore del lotto stesso, e più in generale dalla difficoltà di determinare il numero minimo di lotti.

C'è chi in Europa si è posto i problemi dei lotti oversize e ha cercato una soluzione, parliamo della Germania che ha implementato una strategia d'acquisto a supporto delle PMI basata sull'Information Technology. La Germania è riuscita, per utilizzare un eufemismo, a "scientificare"

la suddivisione in lotti, grazie allo sviluppo di un software che supporta le Stazioni Appaltanti su come suddividere le gare in modo da attagiarli alle realtà locali. La GWB²⁵ già prevedeva, prima delle direttive europee, che gli interessi delle PMI fossero presi in considerazione nel processo di appalto attraverso la suddivisione dei contratti in vari lotti. Poiché questo requisito può essere impegnativo per le amministrazioni aggiudicatrici, il Ministero della Repubblica Federale Tedesca per l'economia e l'energia ha sviluppato uno strumento elettronico che supporta la generazione di lotti attagliati alle piccole medie imprese. Questo software sfrutta i *big data* provenienti dal sistema centralizzato degli appalti tedesco per trovare soluzioni ottimali alle diverse casistiche.

Dato che la legislazione tedesca in materia di appalti, come quella italiana, richiede la suddivisione dei contratti in lotti al fine di facilitare la partecipazione delle PMI al processo di appalto, l'attuazione di questa disposizione è una sfida per le amministrazioni aggiudicatrici e pertanto richiede un'attenzione particolare in termini di assistenza nella progettazione delle offerte²⁶.

1.3.3. Appalti pubblici e subappalto

Un altro canale attraverso il quale i governi spingono le PMI a mettere in campo le loro capacità finanziarie e tecniche anche nei contratti complessi è il raggruppamento di imprese mediante consorzi RTI o ATI oppure mediante l'utilizzo di istituti quali l'avvalimento o subappalti. In questa sede analizzeremo unicamente il subappalto quale strumento di aggregazione ed estenderemo per analogia le considerazioni emerse anche agli altri strumenti analoghi di aggregazione previsti dall'ordinamento italiano. E' doverosa una breve definizione del subappalto: *“È il contratto con cui l'appaltatore affida ad un terzo l'esecuzione parziale o totale dell'opera o del servizio che si è impegnato a compiere in forza di un precedente contratto di appalto, ferma restando la responsabilità dell'originario appaltatore nei confronti del committente per l'esecuzione dell'opera o del servizio.”*²⁷

Sulla base di uno studio condotto dall'ANAC (ex AVCP) sulla distribuzione in Italia dei sub contratti nel periodo 2008-2010 e focalizzando l'attenzione sui contratti di lavori, si rivela che in detto periodo si sono contano ben *“9.665 subappalti riconducibili a 4.271 contratti di importo compreso tra 150 mila euro e 20 milioni di euro A livello aggregato si registrano mediamente 2,3 subappalti per ogni contratto di lavoro aggiudicato. Le risorse economiche coinvolte sono*

²⁵ GWB = Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: legge contro le restrizioni alla concorrenza ossia la norma centrale dell'antitrust e della concorrenza tedesche.

²⁶ Fonte: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/de.pdf

²⁷ Fonte: www.porfesr.lazio.it

*mediamente pari a 78.069 euro per il singolo subappalto e 172.951 euro se si considera l'importo complessivamente subappaltato per ogni contratto*²⁸. Disaggregando i dati emergono delle interessanti considerazioni che ci serviranno a comprendere la portata dei riflessi economici di tale istituto. Di sotto le caratteristiche dei subappalti:

- La maggior parte delle imprese subappaltatrici hanno la forma di S.R.L.;
- Le caratteristiche strutturali delle imprese subappaltatrici sono molte volte le stesse di quelle che subappaltano;
- Le imprese affidatarie hanno avuto con le imprese subappaltatrici fino a 5 volte rapporti commerciali prima del subappalto;
- Esiste una relazione positiva fra il numero di subappalti collegati e il valore del contratto affidato. Man mano che l'importo aumenta si incrementa anche il numero di sub-contratti collegati;
- Le associazioni temporanee di imprese (ATI) e i consorzi subappaltano in media di più rispetto all'impresa singola, sia in termini di numero di subappalti a contratto che in termini di risorse economiche impiegate²⁹. Questo fenomeno, per lo più inaspettato, sembrerebbe trovare una spiegazione nell'influenza che l'importo dell'appalto esercita sul subappalto in armonia con quanto detto con la alinea precedente. ATI e consorzi tenderebbero, infatti, ad aggiudicarsi prevalentemente appalti mediamente più grandi rispetto alle imprese singole;
- L'impresa subappaltatrice ha la medesima provenienza geografica dell'impresa aggiudicataria o ha sede in aree territoriali comunque molto vicine;
- Il ricorso al subappalto sembrerebbe essere più rilevante per gli appalti che vengono eseguiti nelle regioni del Nord piuttosto che in quelle del Centro-Sud. Infatti, si registrano mediamente 2,7 subappalti a contratto nel Nord Ovest, 2 nel Nord Est, 2 al Centro e 1,6 nelle regioni del Sud e delle Isole;

Si nota che le PMI sono coinvolte negli appalti pubblici soprattutto come “rinforzo” dato che molti degli accordi sono di tipo orizzontale e quindi appartenente alla stessa categoria. A tale conclusione giunge anche l'università di Padova³⁰ rilevando che il subappalto orizzontale coincide

28 Fonte: www.avlp.it

29 Fonte: www.tonioloricerca.it

30 Fonte: Moretti, Valbonesi (2012) “Sub contracting in Public Procurement: an Empirical Investigation” Department of Economics and Management University of Padova

con costi di completamento del contratto inferiori rispetto a quando si trattava di un contratto di subappalto verticale, inoltre le aziende che potevano scegliere se subappaltare lavori in orizzontale offrivano riduzioni di prezzo maggiori rispetto a quelli che dovevano subappaltare verticalmente parte del progetto.

Per mantenerci sotto il cappello dell'osservazione economica il subappalto e più in generale tutte le modalità di aggregazione fra imprese in funzione degli appalti pubblici funzionano analogamente al modello economico dei "distretti industriali". Questi sono dei sistemi produttivi rappresentati da un insieme di imprese di piccole e medie dimensioni con un'elevata specializzazione produttiva, svolgono attività tra loro integrate e sono localizzate in un determinato territorio detto appunto distretto. L'elemento vincente del distretto è che fanno pezzi di un prodotto finito caratterizzato da elevata qualità. Ulteriore analogia fra le caratteristiche dei distretti e i dati emersi dallo studio effettuato dall'avcpass è che essendo i distretti per la maggior parte distribuiti nel Nord Italia, lo studio ha rilevato che il maggior numero di subappalti si concentra al Nord. Una possibile spiegazione è da rinvenire nel maggior numero di imprese presenti in quell'area e nella diffusa cultura del "distretto".

Il distretto aziendale è uno dei fiori all'occhiello dell'economia italiana, e dato l'apporto economico nel sistema produttivo italiano si può estendere la medesima conclusione ai subappalti e più in generale alle forme di aggregazione riconosciute dalla legge italiana che possono essere un valido strumento per poter costruire una porta di accesso secondaria al mondo degli appalti.³¹

³¹Fonte: https://books.google.it/books?id=K3hjDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=it&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

CAPITOLO 2

LA TUTELA DELLE PMI PREVISTA DAL D.LGS 50/2016

2.1 Obiettivo Europeo – SBA

Nel primo capitolo abbiamo condotto una breve disamina sulle opportunità per le PMI offerte dagli strumenti che la maggior parte dei paesi industrializzati utilizzano nel Public Procurement e ci siamo soffermati sui principali tre strumenti ossia il Mercato Elettronico, la Suddivisione in lotti e il subappalto. In questo Capitolo analizzeremo gli articoli del Codice che permettono una corsia preferenziale alle PMI.

Il primo passo compiuto dalle istituzioni europee al fine di elaborare una politica comune per le PMI è avvenuto con l'adozione della Carta europea per le piccole imprese da parte del Consiglio "Affari generali" e l'approvazione di questa Carta al Consiglio europeo nel 2000. La Carta raccomanda ai governi di concentrare i propri sforzi strategici in dieci percorsi d'azione che rivestono un'importanza vitale per l'ambiente in cui operano le piccole imprese e medie. La carta sicuramente ha avuto grande influenza in ambito nazionale e nell'adozione di misure dedicate alle PMI anche nei codici sugli appalti che sono stati adottati dallo Stato Italiano nel 2006 e nel 2016, ma una sezione dedicata agli appalti la incominciamo a vedere nel 2008 ossia quando l'Unione Europea ha fatto un ulteriore passo avanti nello sviluppo di una politica globale per le PMI con l'attuazione dello Small Business Act.

Lo SBA è il quadro e la base della politica dell'UE per le PMI. Ha lo scopo di migliorare l'approccio all'imprenditorialità in Europa, semplificare le normative e rimuovere gli ostacoli esistenti per le PMI ancorando il principio "Pensare anzitutto in piccolo" alla politica e all'amministrazione europea. Il quadro dovrebbe inoltre aiutare le aziende a diventare più forti e più veloci. Lo SBA comprende dieci principi con una varietà di misure con cui l'UE intende rafforzare le PMI, dalla facilitazione del finanziamento alla riduzione degli oneri burocratici e amministrativi, e per quanto riguarda questo lavoro il principio più pertinente è l'accesso agli appalti pubblici. La prima legge in Italia che tenta di attuare i suggerimenti dello Small Business Act europeo è la Legge 11 novembre 2011, n.180 recante "Norme per la tutela della libertà d'impresa – Statuto delle Imprese". Questa prevede una serie di misure volte a valorizzare e promuovere il ruolo delle micro,

piccole e medie imprese nel tessuto socio-economico nazionale e comunitario, anche mediante l'istituzione del "Garante delle Piccole Medie imprese" che ha compiti su:

- Monitoraggio dell'applicazione dello SBA act;
- Controllo anteriore e posteriore sulle leggi emesse sulle PMI;
- Emette pareri sullo sviluppo delle PMI;
- Emette un rapporto annuale al Presidente del Consiglio dei Ministri sulle proprie attività e che diverrà la base per la successiva regolamentazione per la categoria di imprese;
- Monitoraggio su leggi regionali che coinvolgono le PMI;

Con riferimento al "principio 5" dello SBA ossia quello trattante l'accesso agli appalti pubblici, un importante strumento a supporto dello sforzo preposto risulta essere l'attuazione del "Codice delle buone pratiche" da parte delle Stazioni Appaltanti, il cui scopo è quello di fornire orientamenti su modalità di applicazione del quadro legislativo comunitario che consentano una partecipazione effettiva delle PMI alle procedure di aggiudicazione degli appalti, in sostanza introdurre un cambiamento nella cultura delle autorità aggiudicatrici.

Per quanto sopra l'impostazione europea con lo SBA è di tipo "suggeritiva" ma le istituzioni europee non hanno tralasciato anche l'aspetto "dispositivo" imponendo agli stati membri di innovare i rispettivi ordinamenti giuridici con leggi ad hoc sugli appalti ossia parliamo delle direttive europee sugli appalti e le concessioni. Ai fini dell'indagine del nostro studio è sufficiente dire che il nuovo codice degli appalti pubblici è stato adottato in Italia recependo le direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE e che quindi le disposizioni ivi contenute sono la trasposizione nell'ordinamento italiano di regole comunitarie al fine di armonizzare le legislazioni dei singoli paesi.

Come vedremo nelle prossime pagine però il recepimento di tali direttive non è avvenuto in maniera del tutto conforme per cui il nuovo Codice degli appalti è stato oggetto di alcune procedure di infrazione da parte dell'Europa anche per quanto attiene la non completa apertura alle PMI al mondo degli appalti.

2.2 Le PMI e il public procurement: un *overview* sul D.lgs 50/2016

Il D.Lgs 50/2016 è il più recente nel novero delle fonti normative che regolano il settore degli appalti e che vantano una storia di circa 100 anni a partire dalla legge di contabilità dello Stato (R.D. 2420 del 1923) e del relativo regolamento attuativo (R.D. 827/1924).

Senza soffermarci troppo sulle tappe intermedie che ci hanno portato al nuovo codice dei contratti possiamo dire che le pietre miliari del *favor participationis* delle PMI sono state poste in ambito europeo e conseguentemente in Italia tale orientamento è osservabile con l'adozione del D.Lgs 163 /2006 (vecchio codice dei contratti) e più precisamente si può apprezzare una aperta agevolazione sin dai primi articoli del ovvero l'articolo 2 del D.lgs 163/2006 recita esplicitamente “*i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese*”.

Il D.lgs. 50/2016 dedica, un'attenzione alquanto incisiva, alle aziende più piccole attraverso la previsione di procedure negoziate c.d. “semplificate” che sono figlie dell'affidamento diretto e che strizzano l'occhio alla de-burocratizzazione nella corsa competitiva della gara. Questo però non significa totale discrezionalità nella scelta da parte della Stazione Appaltante dato che il legislatore ha ben ritenuto di arginare le libertà di queste calmierandole con l'art. 30 che fissa i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti, ed in particolare, come vedremo meglio nel paragrafo 2.4 una forte attenzione viene riposta nel principio di rotazione che tutela le PMI dai favoritismi.

Una delle grande novità del D.Lgs 50/2016 è quella legata al e-public procurement così come inteso nel capitolo precedente ovvero al processo di digitalizzazione della gara in tutte le sue fasi ossia dall'aggiudicazione all'esecuzione. Giova evidenziare che quando parliamo di digitalizzazione facciamo riferimento anche ai correlati principi di trasparenza e alla semplificazione, e in proposito, il codice completa un percorso già solcato dalla legge 190/2012 e dal D.Lgs 33/2013 le quali hanno introdotto specifici obblighi di pubblicazione on - line, e nel merito l'art. 29 D.Lgs. 50/2016 prevede ulteriori adempimenti circa i dati della gara da pubblicare come ad esempio la composizione della commissione giudicatrice. Quanto appena illustrato circa l'utilizzo dei canali informatici e che costituisce l'ambito dell'*open government* favorisce una maggiore partecipazione nonché apprendimento nel costruire le offerte da parte delle PMI.

Oltre che la semplificazione il nuovo Codice fortifica l'accessibilità alle gare innovando le regole del subappalto e della suddivisione in lotti attraverso contemperamento le esigenze di efficienza dell'amministrazione pubblica con quelle di accesso al mondo degli appalti delle imprese. Quest'ultimo punto sarà trattato con maggiore dettaglio nella pagine che seguiranno e in generale si cercherà di individuare i *pros* e *cons* delle disposizioni contenute nel codice che coinvolgono le piccole e medie imprese.

2.3 Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni

Il comma 7 dell'art. 30 del codice dei contratti pubblici prevede che i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese. Dato che l'articolo tratta di principi e che per antonomasia i principi sono criteri a cui si devono conformare i comportamenti dell'individuo per cui non essendo regole o prescrizioni che disciplinano in maniera concreta un certo ambito se ne deduce che la verifica dell'applicazione di tale articolo è demandata al giudice in una fase post – gara. Per le considerazioni di cui sopra si può dire che l'articolo in parola non incide sul comportamento delle Stazioni Appaltanti in maniera puntuale e demanda alla discrezionalità amministrativa l'applicazione del precetto.

Il comma 7 si intreccia a filo doppio con il comma 2 dello stesso articolo che recita: “Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi”. Il legame è determinato dalla disposizione negativa che impone alla S.A di non utilizzare la propria discrezionalità amministrativa per scopi non istituzionali e orientati all'alterazione della competitività sia per quanto attiene la riduzione del valore dell'appalto sotto la soglia di rilievo comunitario sia per quanto attiene l'aumento del valore dell'appalto che potrebbe consentire solo a pochi operatori economici di settore di fare offerta.

L'elemento su cui può far leva una Stazione Appaltante per consentire la massima partecipazione non è solo il valore dell'appalto bensì anche le caratteristiche richieste nelle schede tecniche o capitolati tecnici e quindi ciò che va evitato è la configurazione di un c.d. bando fotografia il quale risulta apparentemente aperto a tutti gli operatori, ma in realtà aggiudicabile da un unico operatore economico che partecipa. A tal proposito il legislatore europeo, in taluni casi prevede l'inserimento nel bando di “una clausola di equivalenza” per consentire a tutti gli operatori di offrire dei beni.

Il comma 7 sostanzialmente prevede un obbligo da parte della Stazione Appaltante di garantire un procedimento snello, la corretta stima del valore a base d'asta dell'appalto e la previsione di appropriate clausole contrattuali che garantiscano il corretto adempimento delle prestazioni affidate all'appaltatore. Dunque più in generale si può stabilire che l'art. 30 determina la direzione che devono seguire anche tutti gli altri articoli che si incontrano nel resto del codice.

2.4 Il principio di rotazione

Il comma 1 dell'art. 36 del D.Lgs 50/2016 recita: *“L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi (di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti) e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. (Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50).*

La disposizione normativa oltre a richiamare i principi che emergono dell'art. 30 del D.lgs 50/2016 prevede esplicitamente il principio di rotazione, dando la sensazione di voler porre in questo la fiducia nell'assicurare la crescita delle PMI. Infatti il principio di rotazione consente una politica di alternanza soprattutto per le micro imprese che possono avere il diritto almeno per una volta di lavorare per il cliente pubblico, quindi per cui la Stazione Appaltante nella lettera di invito in una procedura di gara sotto-soglia dovrà indicare che l'operatore economico affidatario del contratto non sarà invitato alle gare indette successivamente con la stessa procedura o a gare con procedure in economia nell'arco di un certo periodo di tempo.

La determinazione n. 2 del 6 aprile 2011 ha disposto che *“il criterio di rotazione ha come finalità quella di evitare che la stazione appaltante possa consolidare rapporti solo con alcune imprese venendo meno così al rispetto del principio di concorrenza”*³².

In realtà quella che sembra essere un divieto assoluto da parte della stessa ANAC (già AVCP) viene calmierato con le linee guida emesse dalla stessa ANAC relative a “Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”, deliberate dal Consiglio dell'ANAC nell'adunanza del 28.06.2016, nella parte che recita: *Il rispetto del principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, d.lgs. 50/2016 fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente.*

Dunque la Stazione Appaltante che ha necessità di re - invitare l'affidatario uscente deve indicarlo nella lettera di invito in modo da darne comunicazione anche alle eventuali controparti concorrenti. Questa attenuazione offerta dalle linee guida sembra non corrispondere a pieno a quello

³² Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011 dell' anac - Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'articolo 122, comma 7-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.106 del 9 maggio 2011)

che è il *light motive* dell'articolo ovvero la partecipazione delle PMI agli appalti pubblici in quanto tra le motivazioni potrebbe esserci “il grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale” che inciderebbe su una iterazione dei rapporti negoziali che comprometterebbero l'entrata di nuovi competitors precludendone quindi l'effettiva partecipazione.

2.5 Misure di semplificazione delle procedure di gara

L'art. 41 del D.Lgs 50/2016 recita che *entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata, previa consultazione della centrale di committenza Consip S.p.A. e dei soggetti aggregatori, sono individuate le misure di revisione ed efficientamento delle procedure di appalto, degli accordi quadro, delle convenzioni e in genere delle procedure utilizzabili da Consip S.p.A., dai soggetti aggregatori e dalle centrali di committenza, finalizzate a migliorare la qualità degli approvvigionamenti e ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare, promuovendo anche un sistema di reti di committenza volto a determinare un più ampio ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico e l'effettiva partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal presente codice e dalla normativa dell'Unione europea*. Questo articolo a differenza dei precedenti due non costituisce un principio bensì una precisa disposizione affidata alle centrali di committenza di consentire la partecipazione alle microimprese, piccole e medie imprese quindi pone l'accento sull'accesso al mercato prevedendo una riforma dei sistemi centralizzati degli acquisti avendo come volano la Consip S.p.A. in ordine agli acquisti e gare di appalto telematici.

La ratio della norma potrebbe essere insita nella ricerca degli effetti positivi dell'e-procurement citati nel precedente capitolo e che si realizzerebbero con una giusta armonia degli strumenti telematici utilizzati dalle Centrali di committenza attraverso la standardizzazione di moduli e di requisiti tecnici. E' importante sottolineare che la norma preveda l'istituzione di un sistema di reti di committenza che preveda una comunicazione tra le varie centrali di committenza. Un primo passo verso questa direzione è l'iniziativa “sistema a rete” Il cui obiettivo è la realizzazione un servizio che garantisca facilità di accesso alle iniziative delle centrali di committenza, nazionale e territoriali, così da poter supportare tutte le pubbliche amministrazioni nell'ambito della pianificazione e soddisfacimento dei propri fabbisogni, oltre che facilitare replicabilità dei modelli di eccellenza e valutazioni di benchmarking tra le varie Centrali³³.

³³ Fonte: <http://www.empulia.it/tnoa/empulia/Empulia/SitePages/Sistema%20a%20Rete.aspx>

Questo network rientra in un processo di razionalizzazione che mira più che altro a non duplicare gare già fatte da altre Centrali di committenza quindi per cui ad oggi manca una giusta interoperabilità e comunicazione tra le diverse centrali di committenza che consentirebbero alla PMI di essere presenti in fatto di partecipazione in un sistema squisitamente “a rete” che richiederebbe il data entry di documenti e requisiti una tantum evitando così di aggravare le imprese offerenti nella preparazione della “busta amministrativa” delle gare con il rischio di essere escluse per mancanza di documenti.

2.6 La suddivisione della gara in lotti.

Tra gli articoli presenti nel Codice che più pongono rilievo alla questione della partecipazione delle PMI quello più dedicato è l'art. 51 del D.Lgs 50/2016 che al comma 1 recita: *Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. È fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti.*

Da una prima lettura del comma 1 dell'art. 51 si evince che le modalità per incentivare la partecipazione delle micro piccole e medie imprese sono:

- La suddivisione dei lotti prestazionali;
- La giusta entità dei lotti imponendone l'adeguatezza rispetto all'obiettivo della massima partecipazione delle micro, piccole e medie imprese alla gara.

Per quanto attiene la **natura** dei lotti, la normativa distingue due tipi di lotti ossia i lotti funzionali e i lotti prestazionali. Il “lotto funzionale” è uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e

fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti”. Inizialmente è stato pensato per i lavori ma poi esteso, per legge, agli appalti di servizi e forniture evidenziando non poche problematiche per identificare come funzionale quest’ultimo tuttavia facciamo alcuni esempi per comprendere meglio la funzionalità richiamata dal legislatore:

- a) Per gli appalti di lavori potrebbero configurarsi come lotti funzionali la suddivisione su base territoriale di lavori di ristrutturazione delle caserme dell’Esercito Italiano e quindi più precisamente su base regionale, dando di fatto la possibilità alle varie imprese edili locali di partecipare sfruttando la convenienza della vicinanza. Sono funzionali perché questi lotti assolvono alla loro funzione indipendentemente dal lavoro delle altre imprese;
- b) Per gli appalti di servizi è relativamente semplice configurare un lotto funzionale, ad esempio negli appalti di pulizia in un aeroporto, le prestazioni relative ad un autonomo terminal di partenza e arrivo;
- c) Per le forniture è più complesso la questione del lotto funzionale in quanto un prodotto se viene scorporato in lotti difficilmente assolve ad una funzione se poi non viene ri - assemblato. Anche in questo caso si potrebbe interpretare come una suddivisione di lotti su base territoriale e quindi quantitativa;

Il “lotto prestazionale”, da intendersi quale “specifico oggetto dell’appalto definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto” (art. 3, comma 1, lett. ggggg, D.Lgs. n. 50/2016).

Nel caso di appalto suddiviso in lotti, il bando di gara indica inoltre se gli operatori economici possano presentare offerta solo per uno di essi, ovvero per alcuni o per tutti i lotti in gara (art. 51, comma 2). Infine, sempre ispirata ai principi di massima concorrenza in favore delle PMI è la norma che prevede che le stazioni appaltanti possano limitare, indicando tale possibilità nel bando di gara, il numero massimo dei lotti aggiudicabili ad un unico operatore (art. 51, comma 3), al fine di distribuire a quanti più operatori l’appalto di lavori, servizi o forniture

Circa l’**autonomia** dei lotti, si richiama il principio secondo cui un bando di una procedura di gara suddivisa in lotti costituisce un “atto ad oggetto plurimo” e determina l’indizione non di un’unica gara, ma di tante gare, per ognuna delle quali vi è un’autonoma procedura che si conclude con un’aggiudicazione (TAR Lazio – Roma, sez. II, 13.12.2016 n. 12416; Consiglio di Stato, sez. V, 26.6.2015 n. 3241)³⁴.

³⁴Fonte: www.mediappalti.it/principio-di-suddivisione-in-lotti

In merito alla *entità* del lotto una recente sentenza sanziona del Tar Roma n. 1345/2017 che si è pronunciato su una gara per l'affidamento di un servizio di global service delle strutture educative per un valore di oltre 200 milioni di euro e divisa su 5 lotti, motivando l'accoglimento del ricorso di una delle partecipanti e annullando l'intera gara a causa degli importi dei lotti troppo elevati, e precludendo la partecipazione alla piccole medie imprese così come previsto dall'articolo in argomento. Dunque la Stazione Appaltante dovrebbe tenere in considerazione, nella suddivisione dei lotti, il valore dello stesso in modo che non superi quello del fatturato di una piccola o media impresa così in ordine alle definizioni europee già trattate nel primo capitolo.

Dunque nel precetto contenuto all'interno della norma che recita " *Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese*" si individua una prescrizione puntuale e precisa, dato che suddividere un appalto di grosse dimensioni in pochi lotti non raggiunge da solo l'intento del legislatore di ausiliare le PMI. Il termine "effettivo" chiarisce eventuali ambiguità in ordine alla reale partecipazione delle PMI.

In conclusione la suddivisione dei lotti soprattutto quelli che avvengono dalle centrali di committenza per consentire la realizzazione di un vantaggio orizzontale che coinvolga sia la P.A che gli operatori pubblici e la collettività in generale. Alcuni esempi in tal senso sono la riduzione dei costi di pubblicazione, la centralizzazione del contenzioso presso un'unica amministrazione dotata di alte competenze legali e dunque più capace di affrontare in giudizio fornitori dotati di team legali di buona qualità, e, soprattutto, le economie di scala di personale che portano ad una maggiore qualità media dei capitolati con conseguenti riduzione del contenzioso e rischio di perdite di tempo³⁵

2.7. La richiesta dei requisiti finanziari, tecnici e professionali

Il dispositivo dell'art 83 del D.Lgs 50/2016 comporta una maggiore partecipazione delle PMI se lo valutiamo sotto un'ottica di comparazione con il suo omologo nel precedente codice degli appalti D.Lgs 163/2006 .

L'articolo tratta dei criteri di selezione e recita:

1. I criteri di selezione riguardano esclusivamente:

a) i requisiti di idoneità professionale;

³⁵ Fonte: C. Lenoci, G. Piga (2017) "I lotti oversize stanno stretti alle pmi": il grosso equivoco del binomio centralizzazione/agggregazione", Italia Appalti

b) la capacità economica e finanziaria;

c) le capacità tecniche e professionali.

2. I requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione. Per i lavori, con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono disciplinati, nel rispetto dei principi di cui al presente articolo e anche al fine di favorire l'accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese, il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi di cui all'articolo 45, lettere b) e c) e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII. Fino all'adozione di detto regolamento, si applica l'articolo 216, comma 14

Il favor participationis alle PMI del comma 2 alle PMI si realizza in primis attraverso la possibilità di dimostrare in sede di partecipazione di gara il possesso dei requisiti di cui al comma 1 e quindi a differenza di quanto era contemplato dal codice del 2006 che al paritetico articolo 41 prevedeva già in sede di offerta delle referenze documentate da almeno due istituti bancari per quanto concerneva la capacità economica e finanziaria il nuovo codice prevede una semplice autodichiarazione, limitando di fatto i tempi di recupero della produzione dei documenti probatori. Elemento innovativo di questo articolo rispetto a quello analogo del vecchio codice risulta essere anche la predeterminazione del livello di fatturato minimo richiesto dal comma 5” *Il fatturato minimo annuo richiesto ai sensi del comma 4, lettera a) non può comunque superare il doppio del valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso*”, infatti non era insolito notare che alcune Stazioni Appaltanti col vecchio regime giuridico imponevano requisiti di fatturato sproporzionati che andavano ben oltre il doppio dell’importo da aggiudicare precludendo le opportunità di partecipazione alla piccole medie imprese, il tutto in nome della garanzia alla prestazione da parte dell’operatore economico.

Analoga considerazione di cui sopra relativamente al fatturato minimo annuo si può operare per i lotti “*Per gli appalti divisi in lotti, il presente comma si applica per ogni singolo lotto*” in merito a questa casistica il vecchio codice degli appalti non prevedeva alcuna disposizione e ciò ha causato situazioni in cui le Stazioni appaltanti richiedevano quale requisito di partecipazione, un fatturato minimo annuo in relazione all’intera gara invece che sui lotti , opzione questa che restringeva l’accessibilità delle procedure di gara.

Bisogna comunque dire che in termini assoluti questa regola di diritto positivo non produce pienamente il risultato sperato della massima partecipazione in quanto nello scenario ipotetico che

un operatore volesse presentare offerta per tutti i lotti dovrebbe soddisfare il requisito come se fosse per una gara unica e non frazionata.

Come per i requisiti finanziari anche per quelli tecnici si evidenzia una svolta nel nuovo codice dato che il previgente elencava tassativamente i requisiti tecnici ossia il possesso di risorse umane e tecniche e le esperienze necessarie per eseguire l'appalto una serie di punti il nuovo codice invece prevede al comma 6 *“Per gli appalti di servizi e forniture, per i criteri di selezione di cui al comma 1, lettera c), le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità”*

Questa innovazione dell'articolo che tratta dei requisiti si è reso necessario da una parte per le spinte a livello europeo e dall'altra dall'osservazione di comportamenti da parte delle pubbliche amministrazioni che in alcuni casi chiedevano un numero di anni di esperienze per il servizio o lavoro richiesto in strutture uguali a quelle del preponente e in altri addirittura che l'operatore avesse delle strutture nelle vicinanze del luogo dove avrebbe dovuto svolgere la commessa.

2. 8 Le difficoltà per le PMI e il rating di legalità

Il comma 13 dell'art. 95 del D.Lgs 50/2016, novellato dal correttivo D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 recita *“Compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggiore rating di legalità e di impresa, alla valutazione dell'impatto generato di cui all'articolo 1, comma 382, lettera b), della legge 28 dicembre 2015, n. 208, anche qualora l'offerente sia un soggetto diverso dalle società benefit, nonché per agevolare la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, dei giovani professionisti e delle imprese di nuova costituzione alle procedure di affidamento. Indicano altresì il maggiore punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente, ivi compresi i beni o i prodotti da filiera corta o a chilometro zero”*.

Il fulcro dell'articolo si sviluppo attorno alla regolamentazione della offerta economicamente più vantaggiosa ossia quel criterio di aggiudicazione che consente di dare un punteggio finale alla offerta del concorrente che non si basi unicamente sul prezzo ma che tenga conto anche della qualità.

La costruzione della regola che attribuisce un precipuo peso a predeterminati parametri qualitativi è demandata alla pubblica amministrazione. Questa discrezionalità amministrativa tuttavia è calmierata dai principi che emergono da altri articoli del Codice dei Contratti oltre che a quello del favor participationis richiamato dal comma in commento.

Prima di entrare nel merito del commento è doveroso dare una breve definizione di rating di impresa e di rating di legalità richiamati nel dispositivo:

- a) Il rating di impresa è un indice che misura la reputazione di un operatore economico che aspira ad aggiudicarsi una commessa pubblica e che risulta dalle sue esperienze pregresse. Le linee guida ANAC prevedono che il rating di impresa si fonda su tre meccanismi-chiave: valutazione della performance durante l'esecuzione; reputazione guadagnata sul campo; continuità nell'attività senza contestazioni.
- b) Il rating di legalità è uno strumento introdotto nel 2012 per le imprese italiane, volto alla promozione e all'introduzione di principi di comportamento etico in ambito aziendale, tramite l'assegnazione di un "riconoscimento" - misurato in "stellette". Potranno richiedere l'attribuzione del rating le imprese operative in Italia che abbiano raggiunto un fatturato minimo di due milioni di euro nell'esercizio chiuso l'anno precedente alla richiesta e che siano iscritte al registro delle imprese da almeno due anni³⁶.

Il Rating di legalità come appena descritto può essere conseguito da un operatore economico qualora abbia un fatturato minimo di due milioni di euro, e questo rating potrebbe essere utilizzato dalla Stazione Appaltante come parametro qualitativo e quindi valutabile in una offerta economicamente più vantaggiosa. Data la incapacità di alcune micro e piccole imprese di raggiungere il limite di 2 milioni di euro questo potrebbe essere preclusivo per queste ultime in una gara con criterio di offerta economicamente più vantaggiosa e a tale proposito il legislatore ha introdotto nella norma un temperamento degli interessi in gioco ossia da un lato quello della stazione appaltante di intraprendere rapporti commerciali con operatori con una certa reputazione e dall'altro l'apertura al mercato di tutti i fornitori, infatti ci specifica che è opportuno tener conto dell'agevolazione per *“ la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, dei giovani professionisti e delle imprese di nuova costituzione alle procedure di affidamento ”*.

³⁶ Fonte: MISE <https://www.mise.gov.it/index.php/it/impresa/competitivita-e-nuove-imprese/rating-di-legalita>

Quindi le Stazioni appaltanti devono prevedere meccanismi di premialità che tengano conto delle PMI impossibilitate ad accedere a tale rating di legalità ossia devono considerare dei parametri qualitativi a punteggi che incentivino l'accesso delle piccole imprese. Su questo punto si è pronunciato anche la V sezione del Consiglio di Stato con sentenza il 10/10/2019 che ha dichiarato l'illegittimità della procedura ristretta per l'affidamento di una concessione di multiservizi, a causa della mancata previsione di strumenti premiali, a favore delle piccole imprese, compensativi rispetto al punteggio assegnato per il possesso del rating, posto che la gara era stata aperta anche ad imprese prive dei requisiti previsti dall'art. 5-ter del d.l. n. 1/2012.

2.9 Il subappalto: evoluzione e modifiche normative.

L'art. 105 del D.Lgs 50/2016 ossia quello dedicata al subappalto incide, insieme a quello dedicato alla suddivisione dei lotti, più di tutti gli altri sulla partecipazione delle PMI alle gare pubbliche. Non ci soffermeremo troppo sulla storia del subappalto nell'ordinamento italiano ma è opportuno capire come tale istituto abbia preso una connotazione prettamente europea, soprattutto con l'ultima modifica apportata al Codice dei contratti con la c.d. legge sblocca cantieri (legge 52/2019).

L'istituto del subappalto, per le considerazioni fatte nel capitolo uno, è un utile corroborante che favorisce le PMI, ed è proprio per questo che l'Unione Europea con le varie direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, ossia la "Direttiva Concessioni", "Direttiva Appalti" e "Direttiva Appalti Speciali ha ritenuto necessario regolamentare in funzione del fatto che facilità le piccole aziende.

L'Italia ha recepito con il recente codice dei contratti le direttive di cui sopra, per la parte dedicata al subappalto, e non solo, in maniera non totalmente conforme, al punto tale da "meritarsi" l'apertura di alcune procedure di infrazioni da parte della commissione europea fra cui l'ultima 24/10/2019 – Infrazione n. 2018/2273 che richiama come non adeguati ben sei punti dell'articolo in commento:

- a) Il divieto di subappaltare più del 30% di un contratto pubblico;
- b) L'obbligo di indicare la terna di subappaltatori proposti;
- c) Il divieto per un subappaltatore di fare a sua volta ricorso a un altro subappaltatore;
- d) Il divieto per il soggetto sulle cui capacità l'operatore intende fare affidamento di affidarsi a sua volta alle capacità di un altro soggetto;

- e) I divieti per diversi offerenti in una determinata gara di fare affidamento sulle capacità dello stesso soggetto, per un potenziale subappaltatore indicato di presentare a sua volta offerta e per lo stesso soggetto di essere offerente e subappaltatore di un altro offerente;
- f) Il divieto per gli offerenti di avvalersi delle capacità di altri soggetti quando il contratto riguarda progetti che richiedono opere complesse.

Tali punti non raggiungono il favor-participationis tanto anelato dall' Unione Europea e dunque esattamente a tre anni di distanza il legislatore italiano cerca di dare un segnale alle richieste UE e mette mano sulla norma con il Decreto Legge 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. *Sblocca Cantieri*) convertito poi con la legge 52/2019 sanando in parte i punti inquisiti di cui sopra e restituendo una nuova veste all'articolo nelle seguenti parti:

- a) Si prevede che fino al 31 dicembre 2020 il limite del 30% sia innalzato al 40 per cento del valore complessivo dell'appalto;
- b) Mentre nel precedente articolo il subappalto doveva essere indicato nei documenti di gara da parte della S.A. e quindi previsto dalla stessa, ora invece è un diritto esercitabile dall'impresa in autonomia;
- c) È sospeso l'obbligo, per il concorrente, di indicare la "terna" dei nominativi dei subappaltatori sia per gli appalti che per le concessioni;
- d) È sospeso l'obbligo di effettuare, in sede di gara, i controlli sul possesso dei requisiti ex art. 80 del Codice, in capo al subappaltatore;

Da questo breve viaggio nell'evoluzione dell'articolo che disciplina l'istituto de quo, si trae la consapevolezza di una poderosa volontà da parte del legislatore europeo di tutelare le piccole medie imprese coinvolte nell'appalto in qualità di subappaltatrici al punto tale da prevedere, tra l'altro, il pagamento da parte della Stazione Appaltante direttamente in capo ai subappaltatori nel caso siano micro o piccole imprese, al fine di prevenire potenziali mancati pagamenti da parte dell'appaltatore principale. Come specificato dall' Anac: *"Non sorge, un autonomo rapporto obbligatorio tra il subappaltatore e la stazione appaltante, ma quest'ultima, pagando, adempie la propria obbligazione nei confronti dell'appaltatore e, in virtù della delegazione, estingue anche l'obbligazione dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore"*.³⁷

³⁷ Fonte: https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4868

Sembrerebbe, di primo acchito, che il legislatore Italiano non abbia nella sua Agenda alcuna attenzione per le PMI, data sia l'inosservanza delle direttive europee sull'istituto in parola sia la sospensione, poco incisiva, di alcune parti dell'articolo inquisito oggetto dell'infrazione europea succitata. La ratio di questo approccio da parte del legislatore italiano, che risulta essere non in linea con quello europeo, è da rinvenire nel fatto che l'Italia ha la necessità di arginare fenomeni collusivi che facilmente potrebbe insediarsi nel subappalto a differenza dell'UE che vede invece in quest'ultimo un'occasione per dare una spinta al tessuto economico.

CAPITOLO 3

INTERVENTI A SUPPORTO DELLE PMI

3.1 La politica europea di supporto alle PMI: il codice di buone pratiche europeo

Le politiche europee in tema di appalti pubblici non sempre riescono ad agevolare l'accesso alle imprese più piccole, se si pensa ad es. alla difficoltà che queste hanno nell'ottenere prestiti convenienti oppure alla difficoltà nel conformarsi alla normativa di settore in continua evoluzione, questi sono esempi fra tanti che pongono le PMI in una condizione di svantaggio rispetto alle grandi aziende. Altre barriere sono costituite dai costi fissi legati alla partecipazione al mercato del procurement pubblico in quanto la partecipazione è associata ad un certo livello di investimento in termini di tempo, risorse umane, risorse finanziarie e know-how. Altre volte i costi sono legati alla pre - qualificazione della impresa, soprattutto per i progetti più complessi.

Date le sfide di cui sopra l'Unione Europea, oltre alle direttive sul procurement pubblico ha emesso un codice di buone pratiche al fine di mettere gli Stati Membri nelle condizioni di:

- Superare le difficoltà connesse all'entità degli appalti;
- Garantire l'accesso alle informazioni pertinenti;
- Migliorare la qualità e la comprensione delle informazioni fornite;
- Fissare livelli di capacità e requisiti finanziari proporzionati;
- Alleggerire gli oneri amministrativi;
- Prestare attenzione al rapporto qualità/prezzo piuttosto che al solo prezzo;
- Fornire tempo sufficiente per redigere le offerte;
- Garantire che i pagamenti siano effettuati puntualmente.

Tuttavia questi obiettivi non sono raggiunti o comunque non sono raggiungibili armonicamente da tutti gli stati-membro, date le diverse velocità di adeguamento alle direttive europee e al grado di digitalizzazione dei diversi paesi.

Sul tema degli appalti si può asserire che l'Europa ha scelto di voler dare un certo grado di libertà ai singoli stati membri nel scegliere gli strumenti più congeniali alle proprie esigenze attraverso una tendenza a emettere linee guida, codice di buone pratiche e direttive che non hanno la veemenza delle norme adottate in altri paesi extra europei, e questo potrebbe essere un'occasione di critica circa la incapacità di raggiungimento degli obiettivi elencati sopra.

D'alto canto bisogna però dire che il codice di buone pratiche consente di avere un approccio di apprendimento nonché di osservazione delle realtà degli stati membri che hanno connotazioni storiche e culturali ben diverse tra loro e così facendo si possono evitare ingessature legislative dettate da norme cogenti che potrebbero andare bene per la Germania ma non per l'Italia.

Nel codice delle buone pratiche si individuano le azioni di successo dei vari stati membri per l'aggiudicazione degli appalti delle PMI assurgendo di fatto a benchmarking per gli altri paesi. Fra le pratiche più rilevanti che emergono da tale documento si possono annoverare quelle relative al subappalto, all'utilizzo dell'e-procurement e centri di informazione. E significativo evidenziare che le buone pratiche devono mettersi a sistema con la normativa nazionale dello stato membro che funge da parametro di riferimento e quindi le soluzioni vincenti per uno stato membro sono sempre legate a doppio filo con la struttura amministrativa e legislativa dello stesso.

Fra le pratiche che non sono proprie di uno stato membro ma che coinvolgono trasversalmente tutti i paesi troviamo la EEN (Enterprise Europe Network) che è un progetto nato in seno alla Commissione Europea fondato nel 2008 pensato per agevolare le PMI nell'inserirsi negli appalti pubblici europei anche attraverso la cooperazione con partner commerciali extra-nazionali. Infatti uno dei principali obiettivi è quella di costruire e promuovere una rete integrata di eccellenza. Far parte di tale comunità comporta dei vantaggi sul versante finanziario in quanto le PMI hanno delle possibilità di accedere a finanziamenti agevolati, sul versante commerciale in quanto tale rete consente la cooperazione e l'accesso ai programmi europei in maniera totalmente gratuita.

3.2 Criteri di preferenza: Valorizzazione dell'elemento territoriale delle aziende

Una possibile discriminazione positiva orientata alle PMI è rinvenibile nella valorizzazione dell'elemento territoriale delle aziende ossia la possibilità di riservare appalti alle aziende viciniori attraverso dei fattori di premialità delle stesse in sede di offerta. Questo tipo di proposta di appalti a KM 0 è stata anzitempo avanzata dal mondo politico e talvolta inserita nei bandi di gara da parte di alcune Stazioni Appaltante.

L'idea sottesa a tale trattamento preferenziale geografico è legata al fatto che le aziende del territorio sono maggiormente efficienti in termini di dispendio di risorse per il raggiungimento del luogo dell'esecuzione dell'appalto e di conoscenza della realtà locale.

Dato che in Italia non mancano le Stazioni Appaltanti che sono equamente distribuite su tutto il territorio nazionale né tanto meno mancano le PMI in grado di soddisfare quantomeno il metabolismo basale delle prime, si potrebbe pensare che la riserva derivante dal fattore territoriale non creerebbe grosse difficoltà per il soddisfacimento delle esigenze della P.A.

Tuttavia gli ostacoli derivano dalla vocazione pro -concorrenziale dell'Europa derivante dal Trattato di Roma che ha stabilito quattro principali pilastri per l'affidamento degli appalti pubblici: a) non discriminazione dei confini nazionali, b) libertà di movimento delle merci, c) libertà di fornitura dei servizi, libertà di stabilimento.

In ossequio ai principi fissati in sede europea, in Italia, alcuni tentativi da parte delle Stazioni Appaltanti di inserire la "territorialità" quale punteggio nella offerta tecnica sono stato cassati dall'ANAC che ha chiarito come non accettabile alcun punteggio migliorativo nei bandi di gara per le imprese locali in quanto violerebbe il principio di concorrenza³⁸.

Per i motivi di cui sopra vediamo che sino ad oggi sono pochi i casi in Italia e in Europa di appalti a KM 0, e sono stati per lo più quelli che sfuggono alla censura dei contro-interessati alle procedure negoziate, notiamo invece che non sono poche le evidenze nel mondo di un utilizzo di tale criterio nei bandi pubblici, infatti, si possono registrare numerosi bandi del genere in paesi del Sud Africa e del Sud America, per lo più rientranti nel settore del public food procurement.

In Europa invece, nel settore della ristorazione, i governi hanno bypassato il principio di non discriminazione promuovendo i piccoli produttori locali indirettamente ovvero attraverso i criteri di aggiudicazione, più precisamente nell'offerta tecnica si contempla un punteggio superiore per esempio alla frutta fresca di stagione coltivata in quello specifico territorio o si preferiscono imprese che utilizzino la filiera corta. Si promuovono l'approvvigionamento di derrate alimentari da produttori locali per supportare i prodotti locali e i metodi produttivi del posto³⁹. Il settore della ristorazione è quello che più si presta alla introduzione della territorialità nei bandi di gara nel rispetto del principio della non discriminazione soprattutto dopo la recente modifica all'art. 95 comma 13 del D.Lgs 50/2016 il quale recita *"Compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione il maggiore punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente, ivi compresi i beni o i prodotti da filiera corta o a chilometro zero"*⁴⁰.

Nell'ultima parte dell'articolo 95 si evince che la filiera corta e il chilometro zero si prestano per il settore agro alimentare e più precisamente alle piccole aziende di prossimità che trattano tali

38 Vedasi delibera n. 1142/2018 con il quale ANAC si pronuncia sul punteggio previsto in a gara con modalità OEPV da parte della Azienda Territoriale Edilizia residenziale della Provincia di Vicenza afferente 1 costruzione di 2 edifici di edilizia popolare

39 Fonte: Morgan, K. & Sonnino, R. 2010. "Rethinking School Food: The power of the public plate". State of the World 2010, pp. 69–74.

40 Disposizione modificata dal DLgs 56-2017 in vigore dal 20-5-2017 – comma integralmente sostituito dal DL 124/2019 come modificato dalla legge di conversione L. 157/2019 in vigore dal 25/12/2019

prodotti, mentre negli altri settori difficilmente si può applicare la territorialità quale parametro di valutazione come abbiamo avuto modo di apprezzare per il settore edile.

Nel caso di specie, tuttavia, non si opera un grosso appoggio alle piccole medie imprese in quanto la discrezionalità di prevedere punteggi alle piccole imprese di prossimità è attribuita esclusivamente alle stazioni appaltanti, che nella maggioranza dei casi non sono adeguatamente informate o motivate su tali opportunità.

3.3 Uno sguardo sul procurement extra europeo : set aside e bid price preferences.

Questo paragrafo prende le mosse dalla differenza tra uguaglianza ed equità o se vogliamo esprimerci in altri termini dalla uguaglianza formale e sostanziale citate all'art. 3 della Costituzione Italiana. *Uguaglianza formale*: Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. *Uguaglianza sostanziale*: E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese

Parafrasando queste dichiarazioni e adeguandole al contesto delle PMI, si potrebbe trovare al secondo comma dell'art 3 di una fantomatica costituzione europea la seguente locuzione: *che è compito della Unione Europea rimuovere gli ostacoliche non consentono il pieno sviluppo delle PMI e l'effettiva partecipazione delle stesse nella competizione nel contesto del public procurement.*

L'unione Europea pur cercando di assolvere a quella che è un'uguaglianza sostanziale con diversi strumenti che sino ad ora abbiamo analizzato, non si trova sullo stesso piano sulla tematica delle quote dedicate negli appalti alle PMI mantenendosi ferma su una posizione di rispetto della uguaglianza piuttosto che della equità. Infatti in Europa a differenza di altre parti del mondo non è consentito operare il c.d. *set aside*⁴¹ in quanto altererebbe il gioco della concorrenza e più in generale ai principi del già analizzato articolo 30 del decreto legislativo 50/2016, inoltre a differenza di altri paesi l'UE ha abbracciato l'approccio di agevolazione che consiste nell'incoraggiare le PMI negli acquisti pubblici dividendo gli appalti di grandi dimensioni in lotti

⁴¹ Set aside è essenzialmente un appalto riservato a un target di imprese per cui possono partecipare alla gara solo le imprese che rispettino determinati requisiti

ragionevolmente piccoli, piuttosto che un approccio di riserva che tendono a creare concreti opportunità di business.

Gli USA a differenza dell'Unione Europea prevedono i c.d. set-aside ossia delle riserve negli appalti per le PMI che altrimenti non avrebbero alcuna possibilità in un mercato competitivo. Per tutti gli acquisti che superano la soglia del micro acquisto (MPT) ossia 3.500 dollari e che vadano anche oltre la soglia (SAT) soglia dell'acquisizione semplificata ossia da 150.000 dollari fino a 700.000 dollari, i governi federali devono riservare automaticamente una quota alle PMI laddove sul mercato esistano almeno due piccole medie imprese che siano in grado di offrire quel prodotto o servizio (c.d. rule of two). Per prodotti e servizi superiore a dette soglie⁴², le grandi imprese che si aggiudicano la gara devono presentare un piano che includa fra gli obiettivi un coinvolgimento delle piccole medie imprese nella esecuzione della commessa. In generale i governi federali devono raggiungere l'obiettivo di aggiudicare almeno il 23% dei contratti in termini di valore alle piccole medie imprese.⁴³

La politica del set aside è apertamente a favore delle PMI e i vantaggi sono legati allo stimolo al mercato mentre alcuni svantaggi si possono configurare in relazione al gioco della concorrenza che risulta essere alterata, altri invece criticano la scarsa capacità di dimostrare la conformità ai criteri di ammissibilità nella fase post - aggiudicazione che avviene sulla base di un'autocertificazione da parte della PMI e sul conseguente rischio di frode nelle dichiarazioni da parte delle grandi imprese che appunto potrebbero dichiarare di essere di dimensioni più piccole pur di accedere alle gare⁴⁴.

Ulteriore schema di aiuto alle PMI che esiste nei paesi extra- europei è il *Bid price preferences (BPP)* che è diverso dal set-aside in quanto non si presenta come una riserva bensì prevede un' approccio preferenziale. Lo schema della preferenza di prezzo è previsto generalmente per gare aperte con criterio di aggiudicazione al prezzo più basso per cui le stazioni appaltanti in sede di aggiudicazione aumentano il prezzo offerto da parte di una determinata categoria di imprese (non favorite) di un certo numero percentuale rendendo l'offerta più alta e quindi meno conveniente oppure in alternativa si può scontare di una certa percentuale, il prezzo offerto da parte di una determinata categoria di imprese (favorita) al fine di renderla più competitiva. Questo tipo di

42 Per i lavori: per valori superiore a 1.5 milioni di dollari

43 Fonte: <https://www.sba.gov/node/1504180>

44 Fonte: Cravero, C. (2017), "Socially responsible public procurement and set-asides: A comparative analysis of the US, Canada and the EU", Arctic Review on Law and Politics, Vol. 8

trattamento preferenziale è utilizzato dal 10 per cento dei paesi per promuovere l'accesso delle PMI al mercato del public procurement.⁴⁵ Anche in questo caso come per il set-aside si determinano dei vantaggi per le PMI ottenendo però di converso un'alterazione del gioco della concorrenza. Infatti, nel caso del BPP la competitività tra imprese piccole e grandi non viene meno come invece accade per il set-aside che esclude le ultime.

Il BPP incide sul comportamento degli offerenti e può portare alla realizzazione di una riduzione della spesa pubblica⁴⁶. Con un esempio si comprenderà meglio la dinamica che porta a tale risultato: assumiamo che esistano due potenziali offerenti ossia una grande azienda che può sfruttare economie di scala ed una più piccola. Il costo di quella grande è di 99 € per unità e il costo di quella piccola è di 111 € per unità. In assenza di preferenze e assumendo che l'azienda più grande conosca il costo di quella più piccola, la prima farà un'offerta appena al di sotto di 111€ (diciamo 110€). Questa offerta gli assicura l'aggiudicazione massimizzando i propri profitti. La cosa cambia se applichiamo la preferenza per l'azienda più piccola del 10 % perché l'azienda più grande dovrà fare un'offerta al di sotto di 100€ per vincere la gara.

Questo schema tuttavia è applicabile laddove c'è un mercato fortemente imperfetto⁴⁷ perché in una condizione di concorrenza perfetta il prezzo offerto si avvicinerebbe comunque al costo di produzione.

⁴⁵ Fonte: World Bank. (2016). Sustainable Procurement: An introduction for practitioners to sustainable procurement in World Bank IPF projects. Washington, DC: World Bank

⁴⁶ Fonte: Regulation Public Procurement - National and International Perspectives Di Sue Arrowsmith, John Linarelli, Don Wallace

⁴⁷ L'imperfezione di mercato in questo caso deriva dalla presenza di grandi imprenditori che sfruttano forti economie di scala ed è in grado di influenzare la formazione di prezzi

CONCLUSIONE

Lo studio della materia del procurement pubblico si incardina principalmente nell'ambito del diritto amministrativo e comunitario ma come abbiamo avuto modo di vedere nelle pagine del primo capitolo, gli appalti pubblici possono altresì essere un utile strumento di politica economica in grado di raggiungere l'obiettivo di un' equa distribuzione delle risorse pubbliche.

La complessità della materia è alimentata oltre che da una copiosa normativa che si è formata nel tempo sino ad oggi, anche dalla difficoltà di standardizzare procedure e documenti che alimentano ancor più il disorientamento delle imprese che presentano offerta.

Il legislatore, pur ispirandosi a criteri di semplificazione in nome della efficienza amministrativa deve fare i conti, di converso, con una forte discrezionalità conferita alle pubbliche amministrazioni in alcune fasi del procedimento e quindi più in generale con il rischio di dare spazio ai *moloch* della corruzione e della imperizia di alcuni amministratori pubblici. La principale sfida della regolamentazione della materia, quindi, è di trovare il giusto equilibrio tra discrezionalità e procedure predeterminate di gara. In questo scenario si percepisce che le imprese più piccole sono quelle più esposte agli effetti distorsivi del sistema degli appalti, nonostante la loro predominata presenza all'interno del tessuto economico italiano.

L'evoluzione normativa in Italia e nei paesi industrializzati si è adeguata al fine di ridurre le difficoltà delle PMI ad accedere al mercato degli appalti pubblici e consentire quindi equali opportunità in un monopsonio che ha come unico acquirente la pubblica amministrazione. Come abbiamo visto nel capitolo due, il riferimento alle PMI nel D.Lgs 50/2016 è non trascurabile, e più generale, anche con il c.d. decreto sblocca cantieri, si nota un notevole allentamento alla rigidità imposta alle stazioni appaltanti nella fase di affidamento, ma questo non accadeva negli anni precedenti in quanto l'Italia è da sempre stato un paese che si è preoccupato più di ridurre fenomeni collusivi e corruttivi che di incoraggiare l'accesso al mercato degli appalti pubblici. Dopo l'epoca di tangentopoli, con la legge Merloni del 1994 si è cercato di mettere fine ad un periodo precedente di eccessiva discrezionalità sui contratti pubblici, ragion per cui si era resa necessaria una maggiore rigidità nelle procedure di selezione, connotando di fatto la materia di un carattere prudenziale i cui residui sono visibili tutt'oggi. Le PMI hanno pagato il dazio della eccessiva burocratizzazione che mal si accosta alla flessibilità di cui hanno bisogno.

Altro aspetto determinante che negli ultimi anni è stato portato avanti dalle varie legislature succedutesi è quello della centralizzazione degli acquisti ovvero l'obbligatorietà imposta alle

stazioni appaltanti periferiche di acquistare dalle centrale di committenza nazionale o regionale. Se da un lato il sistema centralizzato degli acquisti consente grosse economie di scala derivanti dalle grandi quantità di beni e servizi acquistati dall'altro lato si riducono le piccole gare indette dalla stazioni appaltanti periferiche riducendo di fatto la possibilità per le PMI di aggiudicarsi una commessa.

Come abbiamo analizzato nel terzo capitolo, una luce in fondo al tunnel è visibile laddove si dedicano delle riserve o comunque delle preferenze alle aziende che sono la colonna vertebrale della economia. Il set aside può essere da un lato una politica vincente per aiutare le PMI ma d'altro canto un mala gestione dello stesso potrebbe trasformarlo in una forma di sussidio per cui le PMI possono incappare in un *lock-in* inverso per cui gli operatori economici si legano alla Pubblica Amministrazione e non riescono a sopravvivere in quel particolare mercato senza l'aiuto dello Stato.

La difficoltà più grande in un sistema di riserva o di preferenza è insita nel garantire la competitività, la cui mancanza porta ad un aumento dei costi di approvvigionamento.

In questo lavoro si è cercato di evidenziare che la questione delle PMI che non riescono ad accedere facilmente al mondo degli appalti pubblici non è risolvibile facilmente in quanto le difficoltà sono trasversali e coinvolgono diversi aspetti fra cui: discrezionalità delle stazioni appaltanti, impianto normativo nazionale, normativa europea, processo di informatizzazione della gara, eccesso di burocrazia, ecc. Questi aspetti che sono stati tratteggiati nei tre capitoli del presente lavoro possono dare un'idea della dimensione della sfida che i governi devono affrontare per cui la strada da seguire è ancora lunga in quanto viviamo in un sistema economico labile e pervaso da rigidità burocratiche. In considerazione invece del percorso fatto dalla normativa sulla materia possiamo dire che il recente Codice dei Contratti Pubblici ha subito svariate modifiche data la complessità del mondo degli appalti per cui si rende necessario adeguarsi ai cambiamenti che incombono in un mondo sempre più veloce.

BIBLIOGRAFIA

Testi, dottrina, riviste:

Cravero, C. (2017), *“Socially responsible public procurement and set-asides: A comparative analysis of the US, Canada and the EU”*, Arctic Review on Law and Politics, Vol. 8

EC (2015) *“Special working paper - Annual Report on European SMEs - 2014 / 2015 - SMEs start hiring again”*

EC (2018) *“SMEs access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU”*

EC (2010) *“Evaluation of SMEs’ Access to Public Procurement Markets”*

EC (2008) *European Code Of Best Practices Facilitating Access By Smes To Public Procurement Contracts.*

EC - DG Enterprise and industry (2010) *“Evaluation of SMEs’ Access to Public Procurement Markets in the EU: Final Report”*

EC (2014) *“SMEs access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU”.*

Fee, R., Erridge, A., & Hennigan, S. (2002), *“SMEs and Government Purchasing In Northern Ireland: Problems And Opportunities.”*

Fernandes, Teresa & Vieira, Vítor. (2015), *“Public e-procurement impacts in small- and medium-enterprises.”*, International Journal of Procurement Management

Ho In Kang (2012) *“e- Procurement Experience in Korea: Implementation and Impact”*, Public procurement services

OECD (2015) *“Structural and Demographics Business Statistics Database”*

OECD (2017) *“Survey on strategic use of public procurement to support SMEs*

OECD (2018) *“Public Governance Reviews SMEs in Public Procurement Practices and strategies for shared Benefits.*

Lenoci C., Piga G. (2017) *“I lotti oversize stanno stretti alle pmi”: il grosso equivoco del binomio centralizzazione/aggregazione”, Italia Appalti*

Moretti L., Valbonesi P. (2012) *“Sub contracting in Public Procurement:an Empirical Investigation”, Università di Padova*

Morgan, K. & Sonnino, R. (2010). *“Rethinking School Food: The power of the public plate”*. State of the World

S. Arrowsmith & P. Kunzlik (eds)(2009), *“Public Procurement and Horizontal Policies in EC Law: General Principles, in Social and Environmental Policies in EC Procurement Law.”* New Directives and New Directions

Storey, D. (1999) *“Six Steps to Heaven: Evaluating the Impact of Public Policies to Support Small Businesses in Developed Economies.”* In D. L. Sexton and H. Landstrom (Eds.), *Handbook of Entrepreneurship*. (pp. 176-194). Oxford, UK: Blackwells

World Bank. (2016), *“Sustainable Procurement: An introduction for practitioners to sustainable procurement in World Bank IPF projects”*. Washington, DC: World Bank

SITOGRAFIA

www.architettodileo.it

www.ingegneri-ca.net

www.bosettiegatti.eu

www.ipsoa.it

www.avlp.it
www.nuke.mixllpp.it
www.codiceappalti.it
www.italiappalti.it
www.ilgiornale.it
www.empulia.it
ec.europa.eu
www.ilgiornale.it
www.interceter.regione.emilia-romagna.it
www.oecd.org
www.mediappalti.it