

## Concorrenza e convenienza economica: le “due anime” della disciplina dell’evidenza pubblica

di Cristina Lenoci

Data di pubblicazione: 10-9-2016

1. La scelta di suddividere il territorio nazionale in lotti di dimensioni tali da richiedere un fatturato specifico per la partecipazione in possesso solo degli operatori più rilevanti del mercato viola il fondamentale principio del favor participationis, limitando in modo irragionevole la facoltà di presentazione individuale delle offerte e non garantendo in tal modo né l’esplicitarsi di un piena apertura del mercato alla concorrenza né i risparmi di spesa potenzialmente derivanti da una più ampia gamma di offerte relative ai singoli lotti.

2. L’ambito territoriale ottimale, in definitiva, dovrebbe consentire il funzionamento di un mercato in cui la facoltà di presentare offerte in forma singola sia concessa non solo ai player dello stesso, ma anche, per quanto possibile, alle imprese di medie e piccole dimensioni al fine di incentivare una concorrenza piena, con possibilità per ogni impresa di incrementare le proprie qualificazioni e la propria professionalità, e di trarre i potenziali benefici in termini di qualità di servizi resi e di prezzi corrisposti.

### GUIDA ALLA LETTURA

Con la sentenza in commento il TAR Lazio, Sezione di Roma, ha annullato la gara indetta da Consip S.p.A. per l’affidamento dei servizi “integrati di vigilanza attiva e passiva” delle sedi e degli immobili delle amministrazioni aderenti, da eseguirsi su tutto il territorio nazionale, per contrasto con il principio di massima partecipazione alle pubbliche gare, così come declinato dalla più recente legislazione - sia interna che europea - volta a favorire lo sviluppo del mercato pubblico delle micro, piccole e medie imprese (cfr. l’art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, applicabile *ratione temporis* all’appalto in questione e, ora, l’art. 30, comma 7, del d.lgs. n. 50).

La ricorrente aveva allegato di essere una piccola impresa di vigilanza operativa in un ristretto ambito territoriale della Sicilia occidentale e lamentava che, con il bando impugnato, la Consip aveva suddiviso l’intero territorio nazionale in 13 lotti di estensione macro-regionale, di ampiezza tale da determinare un effetto restrittivo della concorrenza. Alla notevole estensione

dei lotti, corrispondeva infatti un elevato valore economico della commessa in relazione a ciascuno di essi. La richiesta, nel bando, di un fatturato minimo, nel biennio antecedente la gara, almeno pari al valore dei lotti (mediamente 20 milioni di euro), consentiva di partecipare alla gara solo alle imprese di rilevanti dimensioni, oppure alle PMI che fossero state da queste "cooptate" per partecipare alla gara in RTI.

Un siffatto effetto restrittivo era peraltro aggravato dalla richiesta del possesso della licenza prefettizia, per l'esercizio dell'attività di vigilanza, su ciascun ambito provinciale di cui si componeva il singolo lotto; o quantomeno dalla necessità che il concorrente, anche in forma di RTI, avesse presentato istanza alla competente prefettura per ottenere l'estensione della licenza posseduta su altri ambiti provinciali.

A differenza di quanto indicato da Consip nelle laconiche premesse al disciplinare di gara, non costituiva sufficiente misura compensativa, rispetto ad una siffatta chiusura del mercato pubblico alle PMI, l'apertura, nella disciplina di gara, alla partecipazione in forma di RTI indipendentemente dal possesso di un determinato fatturato minimo in capo alle mandanti.

La costituzione di raggruppamenti temporanei d'impresa, che Consip aveva inteso agevolare al fine di superare il *gap* partecipativo tra piccole, medie e grandi imprese, sarebbe stata infatti rimessa alla libera scelta delle poche grandi imprese (circa 19, secondo le allegazioni della ricorrente; 24 secondo le stime della Consip), in grado di prender parte alla procedura anche singolarmente.

Dall'ampiezza dei lotti sarebbe dunque derivato un grave effetto limitativo della partecipazione, in contrasto con i principi, sopra citati, della contrattualistica pubblica.

Il TAR ha condiviso appieno l'impostazione ricorsuale, evidenziando in motivazione come il principio di massima partecipazione -che nell'ordinamento interno (cd. ordinamento contabilistico) è storicamente diretto a tutelare l'amministrazione e a consentire risparmi nella spesa pubblica, mentre nell'impostazione euro-unitaria è per lo più diretto a tutelare la libera concorrenza- si oppone ad una scelta del tipo di quella effettuata da Consip, che, come visto, finiva per favorire le grandi aziende operanti nello specifico mercato della vigilanza privata.

Ad avviso del TAR, le esigenze di economicità negli acquisiti e di libera concorrenza "nel mercato" non sono affatto in conflitto tra loro. La scelta di suddividere una gara in macro lotti ultra-regionali, e di richiedere conseguentemente, ai fini della partecipazione, requisiti di solidità tecnica ed economica parametrati a tale scelta, restringendo il mercato di riferimento ai soli grandi *player*, non persegue idoneamente l'interesse pubblico alla selezione dell'offerta più conveniente per l'amministrazione.

Per altro verso, dal punto di vista euro-unitario, non può esservi libera concorrenza in un libero mercato se alle imprese di più ridotte dimensioni viene inibito di partecipare alle gare pubbliche di maggior rilievo strategico nel settore di appartenenza.

Il TAR ha dunque stigmatizzato -non tanto un difetto di proporzionalità tra valore della gara e requisiti richiesti, quanto- la irragionevolezza della scelta di suddividere l'intero territorio

nazionale in 13 ambiti territoriali, contestando che questa scelta fosse utile e in linea con i principi invocati dalla ricorrente.

Sotto questo profilo la sentenza in commento costituisce un precedente di assoluto rilievo nel panorama della contrattualistica pubblica e dei principi ad essa applicabili: e ciò, in una fase di grande cambiamento, in cui la centralizzazione degli acquisiti e la spinta verso il pieno sviluppo del mercato pubblico delle PMI costituiscono obiettivi prioritari del legislatore, sia interno che europeo, sottoposti alla dura prova della necessaria coesistenza di obiettivi forse contrapposti, ma di certo non inconciliabili.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Mondialpol Security Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Cataldi e Alessandra Testuzza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Claudio Cataldi in Roma, via Stazzema, 20;

contro

Consip Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Guarino e Cecilia Martelli, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, piazza Borghese, 3;

per l'annullamento

del bando di gara pubblicato da Consip in data 15 ottobre 2015, avente ad oggetto

l'affidamento dei servizi integrati di vigilanza presso i siti in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche amministrazioni - ID 1628, nonché del relativo disciplinare di gara, del capitolato tecnico e di tutti gli ulteriori allegati al bando di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Consip Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2016 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO E DIRITTO

La ricorrente espone di essere un Istituto di vigilanza, di medie dimensioni, operante sul mercato da oltre trent'anni, munito di licenza rilasciata dal Prefetto di Palermo con decreto del 7 gennaio 2013.

Soggiunge di essere presente da diversi anni nel mercato delle commesse pubbliche e di prestare ormai la parte maggioritaria dei servizi di vigilanza nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

La Consip, con bando pubblicato in data 15 ottobre 2015, ha indetto una gara d'appalto a procedura aperta, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dei servizi integrati di vigilanza presso i siti in uso, a qualunque titolo, alle pubbliche amministrazioni ed ha suddiviso l'appalto in 13 lotti territoriali.

La ricorrente – nel premettere che, in ragione dell'accorpamento di territori molto estesi ed eterogenei, i requisiti di partecipazione previsti dal bando sarebbero sproporzionati e metterebbero praticamente fuori gioco gli istituti di vigilanza di medie dimensioni ancora indipendenti ed autonomi, a tutto vantaggio dei grandi gruppi che possono contare su più Istituti di vigilanza muniti di licenza prefettizia e nello specificare che lo spazio di partecipazione alla gara sarebbe ulteriormente ridotto dal fatto che l'art. 2.1 del disciplinare consente alle imprese di concorrere per più lotti purché si disponga di un fatturato specifico in misura almeno pari alla somma di quanto richiesto per la partecipazione ai singoli lotti – ha proposto il presente ricorso, articolando i seguenti motivi di impugnativa:

*Violazione dei principi di libera iniziativa economica e di concorrenza. Violazione dei principi di parità di trattamento e buon andamento dell'azione amministrativa nonché dei canoni di*

*proporzionalità e ragionevolezza. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria.*

Il valore dell'appalto (540 milioni di euro) attribuirebbe allo stesso un'enorme rilevanza strategica, tale da condizionare la struttura del mercato dei servizi di sicurezza nel prossimo triennio.

L'estrema concentrazione della committenza dovrebbe essere bilanciata da una ripartizione in lotti che sia tale da favorire condizioni di efficienza del mercato dal lato dell'offerta, vale a dire, per un verso, dovrebbe incentivare la crescita dimensionale delle imprese di sicurezza, per altro verso, dovrebbe garantire un'adeguata numerosità di soggetti aziendali tra loro autonomi e indipendenti in modo che siano effettivamente capaci di offrire servizi di sicurezza nell'ambito di una competizione tale da consentire la decrescita dei costi di servizi a fronte di livelli costanti o crescenti della loro qualità.

La base d'asta di ogni singolo lotto sarebbe particolarmente rilevante, oscillando da un minimo di 38 milioni di euro ad un massimo di 46 milioni di euro e ciò si rifletterebbe sulla definizione dei requisiti di capacità economico-finanziaria delle imprese partecipanti alla gara (da un minimo di 18,75 milioni di euro ad un massimo di 23 milioni di euro).

Il mercato italiano dei servizi di sicurezza si connoterebbe per la presenza di un gruppo ristretto di grandi operatori e da numerose altre imprese di dimensione media o piccola, per cui le seconde dovrebbero dare vita a raggruppamenti temporanei molto estesi per conseguire il requisito economico-finanziario o altrimenti dovrebbero trovare l'accordo con un grande player.

La stazione appaltante, nel definire la parcellizzazione in lotti ed il loro valore a base d'asta con il conseguente requisito economico-finanziario, non avrebbe ben considerato la struttura del mercato oppure avrebbe optato per una soluzione tale da favorire le imprese di una determinata scala implicando l'espulsione dal mercato di tutte le altre.

L'intera architettura della gara, in definitiva, sarebbe affetta da irragionevolezza e deficit di proporzionalità.

La Consip ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

In particolare, ha evidenziato che la gara in esame è destinata ad assorbire una parte minoritaria della domanda complessiva e che le imprese non aggiudicatrici potranno sempre soddisfare il restante 70% della domanda pubblica nonché la maggior parte del mercato complessivo, di clientela privata; ha altresì posto in rilievo che il mercato dei servizi di sicurezza è caratterizzato dalla presenza di un gruppo di 24 operatori aventi dimensione nazionale che coprono circa il 65% del mercato, il cui fatturato va da 146 milioni di euro a 22,9 milioni di euro, mentre il restante 35% del mercato è composto da istituti di vigilanza che lavorano in un ambito territoriale limitato, ciascuno avente una quota di mercato all'incirca inferiore all'1%.

La stazione appaltante ha inoltre rappresentato di avere sottoposto la documentazione di gara ed una tabella dei potenziali partecipanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che ha dato una valutazione positiva della strategia di gara, e che la partecipazione di imprese che non raggiungono gli importi di fatturato richiesti non è preclusa, essendo ad esse consentito il ricorso agli istituti del raggruppamento temporaneo di imprese e dell'avvalimento.

In altri termini, la Consip ha sostenuto che la ricorrente ben avrebbe potuto concorrere in RTI o ricorrendo all'avvalimento.

Le parti hanno depositato altre memorie a sostegno ed illustrazione delle rispettive ragioni.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza 16 dicembre 2015, n. 5669, pronunciata dalla Terza Sezione di questo Tribunale; il relativo appello è stato respinto con ordinanza 7 aprile 2016, n. 1172, pronunciata dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato.

All'udienza pubblica del 6 luglio 2016, la causa è stata trattenuta per la decisione.

1. La Consip Spa ha indetto una gara per l'affidamento dei servizi integrati di vigilanza presso i siti in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche amministrazioni localizzati all'interno di ciascuno dei seguenti 13 lotti:

Lotto 1: Regioni Valle d'Aosta, Piemonte 1 (province di Torino, Cuneo, Asti e Biella) e Liguria 1 (province di Imperia, Savona e Genova) fino al raggiungimento dell'importo massimo di euro 41 milioni;

Lotto 2: Regioni Piemonte 2 (province di Vercelli, Verbanco-Cusio-Ossola e Novara) e Lombardia 1 (province di Milano e Monza-Brianza) fino al raggiungimento dell'importo massimo di euro 44 milioni;

Lotto 3: Regioni Lombardia 2 (province di Varese, Como, Sondrio, Bergamo, Brescia, Pavia, Cremona, Mantova, Lecco e Lodi) e Piemonte 3 (provincia di Alessandria) fino al raggiungimento dell'importo massimo di euro 40,5 milioni;

Lotto 4: Regioni Friuli Venezia Giulia, Trentino Alto Adige e Veneto fino al raggiungimento dell'importo massimo di euro 41,5 milioni;

Lotto 5: Regioni Liguria 2 (provincia di La Spezia) e Toscana fino al raggiungimento dell'importo massimo di euro 39,5 milioni;

Lotto 6: Regioni Emilia Romagna, Marche, Umbria, Abruzzo e Lazio 2 (provincia di Rieti) fino al raggiungimento dell'importo massimo di euro 38 milioni;

Lotto 7: Regioni Sardegna e Lazio 1 (province di Viterbo, Latina e Frosinone) fino al raggiungimento dell'importo massimo di euro 38,5 milioni;

Lotto 8: Comune di Roma A (municipi 1° e 2° del comune di Roma Capitale) fino al

raggiungimento dell'importo massimo di euro 46 milioni;

Lotto 9: Comune di Roma (tutti i municipi del Comune di Roma Capitale ad esclusione del 1° e del 2°) fino al raggiungimento dell'importo massimo di euro 45,5 milioni;

Lotto 10: Regioni Puglia e Molise 1 (provincia di Campobasso) fino al raggiungimento dell'importo massimo di euro 40 milioni;

Lotto 11: Regioni Campania 1 (province di Napoli e Caserta) e Molise 2 (provincia di Isernia) fino al raggiungimento dell'importo massimo di euro 45 milioni;

Lotto 12: Regioni Campania 2 (province di Benevento, Avellino e Salerno), Basilicata e Calabria 1 (province di Cosenza, Catanzaro, Crotona e Vibo Valentia) fino al raggiungimento dell'importo massimo di euro 37,5 milioni;

Lotto 13: Regioni Sicilia e Calabria 2 (provincia di Reggio Calabria) fino al raggiungimento dell'importo massimo di euro 43 milioni.

Tra i requisiti di capacità economica e finanziaria per la partecipazione alla gara, il punto 17.2, lett. a), del bando ha previsto l'aver realizzato, complessivamente negli ultimi due esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del bando, un fatturato specifico per la prestazione di servizi di vigilanza attiva (insieme di attività finalizzate alla protezione di beni mobili e immobili in conformità al D.M. n. 269/2010, classi funzionali A e B), di vigilanza passiva (insieme di attività finalizzate a favorire l'ordinata fruizione di beni mobili e immobili da parte del personale dipendente, dei visitatori e di terzi in genere, c.d. "portierato e accoglienza"), e di fornitura e/o manutenzione di strumenti e/o di impianti tecnologici di sicurezza anticrimine, complessivamente non inferiore al valore annualizzato del massimale del lotto (tenuto conto della durata di due anni della convenzione), IVA esclusa, per il quale si presenta offerta, secondo quanto di seguito indicato:

Lotto 1: euro 20,5 milioni Iva esclusa;

Lotto 2: euro 22 milioni Iva esclusa;

Lotto 3: euro 20,25 milioni Iva esclusa;

Lotto 4: euro 20,75 milioni Iva esclusa;

Lotto 5: euro 19,75 milioni Iva esclusa;

Lotto 6: euro 19 milioni Iva esclusa;

Lotto 7: euro 19,25 milioni Iva esclusa;

Lotto 8: euro 23 milioni Iva esclusa;

Lotto 9: euro 22,75 milioni Iva esclusa;

Lotto 10: euro 20 milioni Iva esclusa;

Lotto 11: euro 22,5 milioni Iva esclusa;

Lotto 12: euro 18,75 milioni Iva esclusa;

Lotto 13: euro 21,5 milioni Iva esclusa.

Per ciascun lotto per il quale si presenta offerta, il fatturato specifico deve essere stato realizzato, con riferimento alle diverse attività sopra indicate, nelle seguenti misure:

almeno il 70% con riguardo ai servizi di vigilanza attiva (classi funzionali A e B di cui all'art. 2 del D.M. 269/2010);

almeno il 25% con riguardo ai servizi di vigilanza passiva;

almeno il 5% con riguardo alle attività di forniture e/o di manutenzione di strumenti e/o di impianti tecnologici di sicurezza anticrimine.

Il punto 2.1 del disciplinare ha previsto che il soggetto che intende partecipare a più lotti è tenuto a presentarsi sempre nella medesima forma (individuale o associata) e, in caso di R.T.I. o Consorzi, sempre con la medesima composizione, pena l'esclusione del soggetto stesso o del concorrente in forma associata cui il soggetto partecipa.

Lo stesso punto 2.1 del disciplinare, con riferimento alle condizioni minime di partecipazione di cui all'art. 17 del bando di gara, specifica che il concorrente che intende partecipare a più lotti deve possedere i requisiti di partecipazione di cui al punto 17.2, lett. a), del bando di gara in misura almeno pari alla somma di quanto richiesto per la partecipazione ai singoli lotti; a ciascun concorrente che ha presentato offerta e risulta primo in graduatoria per più lotti potranno essere aggiudicati fino ad un massimo di tre lotti, individuati partendo dal lotto di maggiore rilevanza economica tra i lotti per i quali è risultato primo nella graduatoria provvisoria e procedendo in ordine decrescente di rilevanza economica.

Il limite dei tre lotti aggiudicabili, peraltro, non trova applicazione, con conseguente possibilità di procedere con l'aggiudicazione ad uno stesso concorrente di un numero di lotti superiore, in ipotesi tassativamente indicate.

2. La ricorrente ha interesse ed è legittimata a contestare la disciplina di gara dettata dalla Consip in quanto non possiede il requisito finanziario necessario a consentirle la partecipazione individuale ad uno o più lotti della procedura di selezione, sicché, pur potendo partecipare in raggruppamento temporaneo di imprese o ricorrere all'avvalimento, gli impugnati atti di disciplina della gara producono una lesione diretta alla sua sfera giuridica.

3. Il ricorso è fondato e va di conseguenza accolto secondo quanto di seguito indicato.

3.1 Un contratto di appalto stipulato da una amministrazione pubblica si distingue da un analogo contratto stipulato tra soggetti privati sia per la rilevanza giuridica assunta dai motivi che spingono la parte pubblica a contrarre sia e soprattutto per le modalità di scelta del contraente.

La libertà di scelta del contraente costituisce uno dei fondamentali pilastri dell'autonomia privata, per cui il contraente privato, di norma, può scegliere discrezionalmente con chi contrarre; la pubblica amministrazione, invece, è tenuta a scegliere il proprio contraente in esito ad una apposita procedura (rectius: procedimento) ad evidenza pubblica.

Il corpus normativo di disciplina dell'evidenza pubblica era originariamente costituito dalla legge di contabilità di Stato, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, e dal suo regolamento di attuazione, R.D. 23 maggio 1924, n. 827, ed era finalizzato alla individuazione del "giusto" contraente dell'amministrazione, vale a dire del contraente in grado di offrire le migliori prestazioni e garanzie alle condizioni più vantaggiose, per cui la ratio della normativa sull'evidenza pubblica era volta esclusivamente al controllo della spesa pubblica per il miglior utilizzo del denaro della collettività (cd. concezione contabilistica).

A tale esigenza di tutela degli interessi pubblici si è aggiunta, sotto la spinta dei principi e delle direttive comunitarie, l'esigenza di tutela della libertà di concorrenza e di non discriminazione tra le imprese.

Di talché, la concorrenzialità nell'aggiudicazione, che ha il suo elemento cardine nel principio di massima partecipazione alla gara delle imprese in possesso dei requisiti richiesti, in origine funzionale al solo interesse finanziario dell'amministrazione, nel senso che la procedura competitiva tra imprese era (ed è) ritenuta la modalità più efficace per garantire la migliore spendita del denaro pubblico, è diventata un'espressione dell'ondata neolibera degli ultimi decenni dello scorso secolo, che ha portato le autorità comunitarie a prendere in considerazione - ai fini della tutela della concorrenza, che dovrebbe garantire l'efficiente allocazione delle risorse sul mercato - l'impatto concorrenziale prodotto dalle amministrazioni pubbliche in qualità di committenti o di concedenti, per cui ogni singola gara diviene uno specifico e temporaneo micromercato nel quale le imprese di settore possono confrontarsi.

La compresenza della duplice esigenza volta alla tutela della concorrenza tra le imprese ed al buon uso del denaro della collettività è stata chiaramente delineata dalla giurisprudenza europea la quale, nel dichiarare che uno degli obiettivi della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile e che è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la più ampia partecipazione possibile di offerenti ad una gara d'appalto, ha aggiunto che siffatta apertura alla concorrenza è prevista non soltanto con riguardo all'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, ma anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice che disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata.

L'art. 2 del d.lgs. 163/2006, in tale ottica, oltre ad indicare che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture ai sensi del "codice" deve garantire la qualità delle

prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (principi ispirati alla tutela della pubblica amministrazione per il controllo ed il miglior utilizzo delle finanze pubbliche), ha specificato che l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità (principi ispirati alla tutela delle imprese concorrenti e del corretto funzionamento del mercato).

Con il nuovo codice degli appalti pubblici e delle concessioni (d.lgs. n. 50 del 2016), risulta evidente che la funzione proconcorrenziale delle regole di evidenza pubblica ha assunto ancora maggiore rilievo ed è divenuta il baricentro del sistema.

L'art. 2 del nuovo codice, in particolare, sancisce che le disposizioni ivi contenute sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, sicché è consequenziale ritenere che i provvedimenti adottati in applicazione del codice dei contratti ove non realizzino detta finalità violano le regole stesse ed i principi di libera concorrenza.

La considerazione che il centro di gravità del settore degli appalti pubblici è ormai costituito dalla necessità di garantire il libero esplicarsi della concorrenza, peraltro, non determina la regressione del coesistente interesse pubblico alla scelta del miglior contraente al fine di garantire il migliore utilizzo possibile delle risorse finanziarie della collettività, interesse che - sebbene non più indicato in modo espreso come nell'art. 2 d.lgs. n. 163 del 2006 - è ontologicamente presente nel sistema ed è comunque richiamato nel nuovo codice.

Le due "anime" della normativa sostanziale dell'evidenza pubblica, in linea di massima, possono e devono essere perseguite contemporaneamente, atteso che la massima partecipazione alla gara è funzionale alla realizzazione di entrambe le finalità.

Il principio del favor participationis, pertanto, è stato scolpito a chiare lettere anche nella disciplina legislativa.

L'art. 2 bis del d.lgs. n. 163 del 2016 stabilisce non solo che, nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali, ma anche che i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese; l'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce altresì che i requisiti e le capacità per partecipare alle gare sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più alto numero di partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione.

Tale fondamentale principio riguarda a maggior ragione le centrali di committenza considerata l'elevata incidenza che gli appalti dalla stessa affidati, per il loro valore e per l'estensione delle amministrazioni che se ne avvalgono, sono destinati ad avere sui relativi mercati.

La Consip sostiene che la gara è stata indetta in fedele applicazione dell'art. 26, legge n. 488 del 1999, disposizione che si inserisce nel processo di razionalizzazione della spesa pubblica

con la finalità di creare economie di scala, ottimizzare i processi e ridurre i costi derivanti dalla parcellizzazione delle procedure.

Il thema decidendum del presente giudizio, però, non è quello di verificare la legittimità dell'indizione della gara, che non è stata posta in contestazione, ma quello di verificare la legittimità della disciplina di gara laddove preclude alle piccole e medie imprese, tra le quali la ricorrente, di poter partecipare individualmente alle procedure selettive dei singoli lotti.

La ragionevolezza della disciplina di gara dettata dalla Consip nel caso di specie postula la verifica del concreto perseguimento dell'obiettivo della massima partecipazione delle imprese di settore alle gare, funzionale, come detto, alla realizzazione di entrambe le finalità di carattere generale sottese alla normativa sostanziale dell'evidenza pubblica.

La censura dedotta e che va indagata, insomma, è quella dell'eccesso di potere nella formazione di una *lex specialis* della gara che preclude la partecipazione individuale alle piccole e medie imprese.

Il disciplinare di gara, nelle premesse, ha posto in rilievo che:

- assume fondamentale importanza la possibilità di selezionare attraverso la gara operatori economici dotati di: 1) capacità economico-finanziaria proporzionata al valore annuo del contratto tale da garantire la congruità della capacità produttiva dell'impresa fornitrice con l'impegno prescritto dal contratto aggiudicato; 2) capacità tecniche ed organizzative, idonee a garantire un adeguato ed elevato livello qualitativo dei servizi, in considerazione anche del numero e delle tipologie delle amministrazioni coinvolte;

- anche sulla base di un'approfondita analisi del mercato di riferimento preventivamente svolta, il requisito di fatturato specifico di cui al punto 17.2 lettera a) del bando di gara è tale da garantire comunque la più ampia partecipazione alla gara da parte degli operatori economici che competono nel settore dei servizi oggetto di gara;

- al fine di incentivare la partecipazione in forma associata alla gara da parte degli operatori economici del mercato di riferimento e, conseguentemente, di favorire anche la partecipazione delle piccole e medie imprese di settore potenzialmente interessate, è stata incentivata nella presente gara la partecipazione di RTI o Consorzi;

- per la partecipazione alla gara in forma di RTI, non è prescritto, tra l'altro, il possesso da parte delle relative imprese mandanti di percentuali minime del requisito di fatturato specifico.

Il Collegio rileva, in primo luogo, che la costituzione di un Raggruppamento Temporaneo di Imprese o il ricorso all'avvalimento sono il frutto di scelte discrezionali di tutte le imprese coinvolte, per le quali non è sufficiente la volontà della piccola o media impresa che intende partecipare alla gara, essendo necessaria anche una coincidente volontà delle altre imprese nella costituzione dell'eventuale raggruppamento e dell'impresa o delle imprese ausiliarie nell'avvalimento.

Pertanto, l'astratta possibilità di costituire un RTI o di ricorrere all'avvalimento non esclude che una preclusione alla possibile partecipazione individuale dell'impresa si concreti in un vulnus al principio del favor participationis e, quindi, in una lesione sia alla sfera giuridica dell'impresa che non può partecipare individualmente sia alle finalità pubblicistiche a base della normativa in materia.

La Consip ha specificato, come indicato, che, al fine di garantire la più ampia partecipazione alla gara degli operatori economici del settore, anche sulla base di un'approfondita analisi del mercato di riferimento, ha determinato il requisito di fatturato specifico di cui al punto 17.2 lettera a) del bando di gara.

Tuttavia, il "cuore" della controversia non riguarda tanto la congruità del fatturato specifico richiesto per la partecipazione alla gara quanto la logicità, in rapporto al descritto e fondamentale principio del favor participationis, di una suddivisione in lotti territorialmente molto estesi, per i quali sono richiesti requisiti economico-finanziari di importo tale da escludere la possibile partecipazione individuale delle piccole e medie imprese.

In altri termini, la questione posta all'attenzione di questo Tribunale non si concreta tanto nel valutare la congruità del fatturato specifico richiesto tra i requisiti capacità economica e finanziaria per la partecipazione alla gara – il quale, in quanto pari al valore annualizzato del massimale del lotto per il quale si presenta l'offerta, non può ritenersi di per sé irragionevole – quanto nel valutare se la suddivisione dell'appalto, riguardante l'intero territorio nazionale, in 13 lotti abbia consentito di definire gli ambiti territoriali ottimali, vale a dire gli ambiti in cui la concorrenza, la cui tutela reca in sé la garanzia di un corretto funzionamento del mercato, possa esplicarsi più efficacemente con conseguente beneficio, oltre che per il mercato, in cui le imprese di settore possono confrontarsi pienamente e liberamente, per la stessa stazione appaltante e, quindi, per la collettività sia in termini di qualità dei servizi resi dal miglior offerente sia in termini di prezzi allo stesso corrisposti.

La suddivisione dell'appalto in tredici lotti determina l'indizione di altrettante gare di rilievo quasi sempre ultraregionale (ad eccezione di quelle relative al Comune di Roma Capitale), per cui è con riferimento al singolo micromercato, costituito da ciascuno dei tredici lotti, che occorre verificare se lo stesso assume le sembianze di un ambito territoriale ottimale, in cui la concorrenza tra tutte le imprese del settore può svolgersi pienamente, efficacemente e liberamente.

L'individuazione dell'ambito territoriale ottimale postula, soprattutto in una gara di estrema rilevanza quale quella in esame, un'articolata istruttoria ed uno specifico obbligo motivazionale.

La Consip, nella propria memoria, ha rappresentato che l'individuazione dei lotti geografici è stata frutto di un'approfondita istruttoria.

In particolare: sono stati esaminati circa 1.200 bandi per servizi di vigilanza negli anni 2011-2013 pubblicati nella banca dati ANAC; vi sono stati 4 incontri con le principali associazioni di categoria; è stato consultato l'elenco completo di circa 1.000 istituti di vigilanza

detentori di licenza prefettizia al fine di verificare la coerenza della conformazione del lotto con la loro distribuzione territoriale; sono state consultate 121 imprese, tra cui la Mondialpol Security.

La centrale di committenza ha inoltre sostenuto che i requisiti economico – finanziari, pienamente conformi alla regola stabilita dall'AGCM, garantiscono un'adeguata concorrenzialità, atteso che il mercato risulta caratterizzato dalla presenza di 24 imprese di grandi dimensioni, uniformemente distribuite nei vari lotti, che coprono circa il 65% del mercato, il cui fatturato va da 146 milioni di euro a 22,9 milioni di euro, mentre il restante 35% del mercato è presidiato da istituti di vigilanza che lavorano in un ambito territoriale limitato, ciascuno avente una quota di mercato all'incirca inferiore all'1%.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in data 11 settembre 2015, con riferimento alla richiesta di parere formulata ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287 del 1990, ha ritenuto, nell'adunanza del 9 settembre 2015, che le previsioni contenute nelle bozze del bando di gara siano sostanzialmente conformi agli orientamenti già espressi in materia di bandi di gara predisposti dalla Consip e, in ogni caso, si è riservata di valutare gli esiti della gara, ove nel corso del suo svolgimento emergano elementi suscettibili di configurare illeciti.

Il Collegio ritiene che sia manifestamente illogico considerare ambiti territoriali ottimali, nel senso in precedenza illustrato, lotti per l'affidamento dei quali possono concorrere individualmente soltanto 24 imprese (18 secondo la puntuale ricostruzione operata dalla ricorrente), con esclusione delle altre numerosissime imprese, di piccole e medie dimensioni, che compongono il mercato.

La scelta della centrale di committenza di suddividere il territorio nazionale in lotti di dimensioni tali da richiedere un fatturato specifico per la partecipazione in possesso solo degli operatori più rilevanti del mercato, pertanto, ha violato il fondamentale principio del favor participationis limitando in modo irragionevole la facoltà di presentazione individuale delle offerte e non garantendo in tal modo né l'esplicitarsi di un piena apertura del mercato alla concorrenza né i risparmi di spesa potenzialmente derivanti da una più ampia gamma di offerte relative ai singoli lotti.

L'ambito territoriale ottimale, in definitiva, dovrebbe consentire il funzionamento di un mercato in cui la facoltà di presentare offerte in forma singola sia concessa non solo ai player dello stesso, ma anche, per quanto possibile, alle imprese di medie e piccole dimensioni al fine di incentivare una concorrenza piena, con possibilità per ogni impresa di incrementare le proprie qualificazioni e la propria professionalità, e di trarre i potenziali benefici in termini di qualità di servizi resi e di prezzi corrisposti.

Di tale scelta, peraltro, non è stata fornita una motivazione sufficiente, tale da dare plausibilmente conto della sua non manifesta illogicità.

D'altra parte - sebbene tale circostanza non assuma rilievo ai fini della definizione del presente giudizio trattandosi di un evento successivo alla proposizione del gravame e, quindi, all'adozione degli atti impugnati – dalla documentazione depositata da Consip in relazione ai

partecipanti alla gara è possibile desumere che per i tredici lotti vi è stata la presentazione di un esiguo numero di offerte (rispetto alla verosimile potenzialità del settore) e che, in relazione al lotto n. 13 comprendente la Sicilia e di più specifico interesse per la ricorrente munita di licenza rilasciata dal Prefetto di Palermo, vi è stata la presentazione di sole due offerte da parte di due raggruppamenti temporanei di imprese.

La fondatezza delle esaminate censure determina la fondatezza del ricorso ed il suo accoglimento e, per l'effetto, l'annullamento degli impugnati atti di disciplina della gara.

4. Le spese del giudizio, in ragione della complessità e della novità delle questioni trattate, possono essere integralmente compensate tra le parti.

-omissis-