

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

BIBLIOGRAFIA: (1) L. LORENZONI, *Principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli 2018; (2) S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, ristampa Milano 1983; (3) G. TROPEA, *Biopolitica e diritto e diritto nel tempo pandemico*, Napoli 2023.

Articolo 3. - Principio dell'accesso al mercato.

1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.

Riferimenti normativi: art. 83 d.lgs. n. 50/2016

Art. 83, d.lgs. n. 50/2016 - Criteri di selezione e soccorso istruttorio

1. I criteri di selezione riguardano esclusivamente:

- a) i requisiti di idoneità professionale;
- 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. (1) (2) 3. Ai fini della sussistenza dei requisiti di cui al comma 1, lettera a), i concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali. Al cittadino di altro Stato membro non residente in Italia, è richiesta la prova dell'iscrizione, secondo le modalità vigenti nello Stato di residenza, in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato XVI, mediante dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato membro nel quale è stabilito ovvero mediante attestazione, sotto la propria responsabilità, che il certificato prodotto è stato rilasciato da uno dei registri professionali o commerciali istituiti nel Paese in cui è residente. Nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, se i candidati o gli offerenti devono essere in possesso di una particolare autorizzazione ovvero appartenere a una particolare organizzazione per poter prestare nel proprio Paese d'origine i servizi in questione, la stazione appaltante può chiedere loro di provare il possesso di tale autorizzazione ovvero l'appartenenza all'organizzazione. (3) 4. Per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di cui al comma 1, lettera b), le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere:

- a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto;
- b) che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività;
- c) un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali.

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, salvo in circostanze adeguatamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento. La stazione appaltante, ove richieda un fatturato minimo annuo, ne indica le ragioni nei documenti di gara. Per gli appalti divisi in lotti, il presente comma si applica per ogni singolo lotto. Tuttavia, le stazioni appaltanti possono fissare il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere con riferimento a gruppi di lotti nel caso in cui all'aggiudicatario siano aggiudicati più lotti da eseguirsi contemporaneamente. Se gli appalti basati su un accordo quadro devono essere aggiudicati in seguito alla riapertura della gara, il requisito del fatturato annuo massimo di cui al primo periodo del presente comma è calcolato sulla base del valore massimo atteso dei contratti specifici che saranno eseguiti contemporaneamente, se conosciuto, altrimenti sulla base del valore stimato dell'accordo quadro. Nel caso di sistemi dinamici di acquisizione, il requisito del fatturato annuo massimo è calcolato sulla base del valore massimo atteso degli appalti specifici da aggiudicare nell'ambito di tale sistema. (4)

5-bis. In relazione al requisito di cui al comma 4, lettera c), l'adeguatezza della copertura assicurativa offerta viene valutata sulla base della polizza assicurativa contro i rischi professionali posseduta dall'operatore economico e in corso di validità. In relazione alle polizze assicurative di importo inferiore al valore dell'appalto, le stazioni appaltanti possono richiedere che l'offerta sia corredata, a pena di esclusione, dall'impegno da parte dell'impresa assicuratrice ad adeguare il valore della polizza assicurativa a quello dell'appalto, in caso di aggiudicazione. (5)

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. Nelle procedure, d'appalto per forniture che necessitano di lavori di posa in opera o di installazione, servizi o lavori, la capacità professionale degli operatori economici di fornire tali servizi o di eseguire l'installazione o i lavori è valutata con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità. Le informazioni richieste non possono eccedere l'oggetto dell'appalto; l'amministrazione deve, comunque, tener conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali.

7. Fermo restando il sistema di qualificazione di cui all'articolo 84 nonché quanto previsto in materia di prova documentale preliminare dall'articolo 85, la dimostrazione dei requisiti di cui al comma 1, lettere b) e c) è fornita, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi, utilizzando i mezzi di prova di cui all'articolo 86, commi 4 e 5.

8. Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale

e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle. (6) (7)

9. Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni (8), perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa. (9)

10. È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative premialità, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione agli operatori economici, su richiesta. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi e i criteri relativi 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 le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Le linee guida di cui al precedente periodo istituiscono altresì un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto. Per il calcolo del rating di impresa si tiene conto del comportamento degli operatori economici tenuto nelle procedure di affidamento avviate dopo l'entrata in vigore della presente disposizione. L'ANAC attribuisce elementi premiali agli operatori economici per comportamenti anteriori all'entrata in vigore della presente disposizione conformi a quanto previsto per il rilascio del rating di impresa. (10)

Note:

- (1) Comma così modificato dall'art. 52, c. 1, lett. a), d.lgs. 19.4.2017, n. 56 e, successivamente, dall'art. 1, c. 20, lett. p), d.l. 18.4.2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14.6.2019, n. 55; per l'applicabilità di tale ultima disposizione vedi l'art. 1, c. 21, del medesimo d.l. n. 32/2019.
- (2) Per l'interpretazione autentica delle disposizioni del presente comma vedi l'art. 225, c. 13, d.lgs. 31.3.2023, n. 36.
- (3) Comma così corretto da Comunicato 15.7.2016, pubblicato nella G.U. 15.7.2016, n. 164.
- (4) Comma corretto da Comunicato 15.7.2016, pubblicato nella G.U. 15.7.2016, n. 164 e, successivamente, così modificato dall'art. 52, c. 1, lett. b), d.lgs. 19.4.2017, n. 56.
- (5) Comma inserito dall'art. 8, c. 5, lett. c), d.l. 16.7.2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11.9.2020, n. 120; per l'applicabilità di tale ultima disposizione vedi l'art. 8, c. 6, del medesimo d.l. n. 76/2020.
- (6) Comma così modificato dall'art. 52, c. 1, lett. c), d.lgs. 19.4.2017, n. 56.
- (7) Vedi, anche, l'Atto di segnalazione 20.7.2022, n. 1.
- (8) Per la riduzione del presente termine vedi l'art. 5, c. 10, lett. g), d.l. 17.5.2022, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla l. 15.7.2022, n. 91, e, successivamente, l'art. 1, c. 425-bis, lett. d), n. 3), l. 30.12.2021, n. 234, come modificato dall'art. 31, c. 6, lett. b), d.l. 24.2.2023, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla l. 21.4.2023, n. 41.
- (9) Comma così sostituito dall'art. 52, c. 1, lett. d), d.lgs. 19.4.2017, n. 56.
- (10) Comma così modificato dall'art. 52, c. 1, lett. e), nn. 1), 2), 3), 4), 5) e 6), d.lgs. 19.4.2017, n. 56 e, successivamente, dall'art. 49, c. 1-bis, lett. a), d.l. 26.10.2019, n. 124, convertito, con modificazioni, dalla l. 19.12.2019, n. 157.

SOMMARIO: I. L'accesso al mercato nella relazione agli articoli e agli allegati del Consiglio di Stato - II. Dimensione precettiva del principio - III. Dimensione interpretativa del principio

I. L'accesso al mercato nella relazione agli articoli e agli allegati del Consiglio di Stato

- 1 Per la relazione agli articoli e agli allegati del Consiglio di Stato del 7.12.2022, l'art. 3 obbliga le stazioni appaltanti ad assicurare, nel rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa, la conservazione e l'implementazione di un **mercato concorrenziale**, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, **accesso alle procedure competitive** destinate all'affidamento di contratti pubblici. Ciò attraverso la **funzionalizzazione** dei principi generali ivi richiamati (correttezza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità), sicché può dirsi che in questa finalità si rinviene un diretto collegamento con il principio del risultato (art. 1), che - non a caso - menziona proprio la concorrenza quale parametro da rispettare nella ricerca del risultato dell'affidamento ed esecuzione delle commesse pubbliche. La relazione specifica che la **correttezza** si ricollega al principio di tutela dell'affidamento e risponde all'esigenza della reciproca lealtà nell'ambito della procedura di evidenza pubblica. L'**imparzialità e la non discriminazione**, a loro volta, risalgono all'art. 97 Cost. e ai principi europei in materia di tutela della concorrenza e libera circolazione e impongono l'osservanza della parità di trattamento fra gli operatori economici, contribuendo anch'essi al conseguimento del miglior risultato possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici. **Pubblicità e la**

trasparenza rispondono alla necessità di costruire un mercato dei contratti pubblici visibile e controllabile dall'esterno, "con lo scopo sia di permettere una valutazione sulla legalità dell'azione amministrativa sia di incentivare la partecipazione degli operatori economici alle procedure di evidenza pubblica". La **proporzionalità** è in termini di costruzioni generali autoesplicative (soluzione più congrua con minor sacrificio possibile di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti) ma, nel contesto della contrattualistica pubblica, induce a predisporre la documentazione di gara in modo tale da permettere la maggiore partecipazione possibile tra gli operatori economici, soprattutto di piccole e media dimensione. Occorre precisare, con il supporto delle norme in materia di requisiti e qualificazione, che la massima apertura alla concorrenza **non legittima una indebita dilatazione della partecipazione**, nel senso che - proprio in nome dei principi invocati dalla norma (ed in particolare di quello di non discriminazione riguardato a contrario), oltre che del principio di buona fede - gli operatori economici effettivamente qualificati per l'esecuzione di un dato contratto pubblico vantano la legittima aspettativa e la conseguente possibilità di ottenere protezione processuale a che la competizione (che pur deve ammettere l'analogia, come si dirà appresso) non sia sproporzionatamente ed illogicamente estesa a soggetti solo latamente e, dunque, **non veritariamente qualificati**.

II. Dimensione precettiva del principio

L'architettura delle future gare - per espressa previsione della norma in commento - dovrà **1** rispondere al principio dell'accesso al mercato, ovverosia assicurare pari opportunità di competizione in condizioni di massima apertura alla concorrenza. È importante evidenziare che la disposizione, al fine della realizzazione degli obiettivi che pone, non lasci un indiscriminato potere creativo a stazioni appaltanti ed enti concedenti, perché anzi richiama non solo al rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità ma anche al dovere di costruire condizioni di accesso al mercato **secondo le modalità indicate dal codice**. In questi termini, la disposizione si ricollega anzitutto ad altro principio del codice, ovverosia quello della massima competizione e non risulta casuale che l'art. 10, dedicato proprio a quest'ultimo precetto, preveda al comma 3 che l'introduzione di **requisiti speciali** debba considerare l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti, favorendo l'accesso al mercato (oltre che la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese). Il principio, è bene osservare, non è però assunto in senso assoluto, perché la norma precisa che la costruzione di un mercato aperto e di pari opportunità non possa che avvenire nel rispetto dell'**oggettiva compatibilità con le prestazioni** da acquisire e dell'esigenza di realizzare **economie di scala funzionali** alla riduzione della spesa pubblica.

Dalla dimensione precettiva della disposizione discende che non potrà non porsi, almeno **2** in linea di principio, questione di legittimità tutte le volte in cui prescrizioni di *lex specialis* risultino circoscrivere l'operatività del principio in esame. Ovviamente, la norma, a maggior ragione quando riletta in combinato disposto con l'art. 10, c. 3, configura un potere non di certo arbitrario ma pur sempre **discrezionale**, come tale suscettibile di un **sindacato pieno e point by point**, per stare al lessico della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani [CEDU II 27.9.2011, n. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*; CEDU II 4.3.2014, ric. 18640/10 e altri, *Grande Stevens e altri c. Italia*; TAR Lombardia Milano II 7.10.2021,

n. 2161; TAR Campania Napoli III 18.12.2020, n. 6255; GOISIS (5); ALLENA (1)] eppure da fondarsi su evidenti difetti di istruttoria, irragionevolezza, indebite chiusure del mercato e violazioni del principio di proporzionalità. Ciò porta con sé anche tematiche specificamente processuali dal momento che, ove la violazione del principio di massima partecipazione si risolve nella previsione di clausole impeditive della partecipazione o impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati, stando all'elaborazione giurisprudenziale, vi sarà obbligo di **immediata impugnazione** del bando di gara [CdS III 28.3.2022, n. 2253; TAR Lombardia Milano IV 4.10.2022, n. 2178; CdS a.p. 26.4.2018, n. 4]. Invero, questa posizione sembra oggi doversi meglio coordinare con la previsione della nullità delle clausole di esclusione atipiche, sicché la restrizione dell'accesso al mercato che discenda da una clausola nulla, dovrebbe condurre all'applicazione degli insegnamenti dell'Adunanza Plenaria in materia di effetti della nullità sull'efficacia delle clausole di esclusione e sull'obbligo di impugnazione del provvedimento escludente secondo gli usuali dettami processuali [CdS a.p. 16.10.2020, n. 22].

3 La natura di principio fa sì che temi di accesso al mercato possano porsi in relazione all'applicazione degli istituti più disparati del codice. Rinviano anche al commento dell'art. 10, c. 3, in questa sede ci si limiterà ad evidenziare segmenti della contrattualistica pubblica ove la questione delle indebite restrizioni sulla competitività dei contratti pubblici si è posta più di frequente, a partire da un breve cenno proprio alla questione delle condizioni di legittimità per l'inserimento tra le condizioni di gara di requisiti restrittivi [COSTA (3)]. Si tratta di luoghi di esplicazione di un potere **discrezionale** [CdS V 12.1.2023, n. 431], rivolto al perseguimento di specifiche esigenze di certezza giuridica che effettivamente l'amministrazione può con ragione avvertire. Questo potere, ove non correttamente esercitato, può generare discriminazioni e, dunque, l'indesiderato effetto di un indebito restringimento delle condizioni di accesso al mercato [ANAC parere precontenzioso, delibera, 30.5.2018, n. 508; si vd. in ogni caso il commento all'art. 10]. Si ritrova, nella giurisprudenza formatasi sotto i precedenti codici, l'idea per cui nel settore degli appalti pubblici, le valutazioni tecniche della stazione appaltante sui requisiti di partecipazione, in quanto espressione di **discrezionalità tecnica**, sono sottratte al sindacato di legittimità, salvo che non siano **manifestamente illogiche**, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti, atteso che il concreto esercizio di tale discrezionalità rientra nel sindacato di legittimità solo allorquando risulti, in concreto, manifestamente illogico, arbitrario, sproporzionato, irragionevole o irrazionale rispetto all'oggetto dell'affidamento, nonché evidentemente ed ingiustificatamente restrittivo della concorrenza. «In definitiva, in sede di predisposizione della *lex specialis* di gara d'appalto, l'Amministrazione è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito» [TAR Lazio Roma I 15.2.2022, n. 1843].

4 La violazione del principio, invero immanente anche ai precedenti codici, è stata apprezzata ripetutamente non solo in occasione delle verifiche sull'appropriatezza dei requisiti ma anche a fronte di **specifiche tecniche** discriminatorie. In giurisprudenza, si riviene l'insegnamento

per cui l'individuazione delle specifiche tecniche di una fornitura costituisca estrinsecazione di **ampia discrezionalità amministrativa** assoggettata ai limiti propri di ogni azione amministrativa e, nel settore dei contratti pubblici, al generale **principio di concorrenza**. In virtù di ciò, le caratteristiche tecniche della fornitura devono essere enunciate in modo tale da favorire la più ampia partecipazione alla gara, ferma restando la necessità di soddisfare appieno le esigenze della stazione appaltante. La stazione appaltante procedente, in sede di elaborazione della *lex specialis* della gara, dovrà pertanto evitare di inserire requisiti che in modo **irragionevole o sproporzionato** restringano la platea dei concorrenti ammessi, individuando specifiche non rivolte al soddisfacimento di un effettivo bisogno, ma tendenti in via esclusiva a limitare *ex ante* la platea degli interlocutori [TAR Lazio Roma III 22.11.2022, n. 15442]. Resta fermo che l'equivalenza, che **opera ex lege**, ovvero sia anche in assenza di una clausola del bando che la preveda [CdS IV 7.6.2021, n. 4353], non può essere intesa quale strumento volto a consentire ai concorrenti di offrire una fornitura sostanzialmente diversa rispetto a quella individuata negli atti di gara [TAR Toscana III 18.6.2020, n. 749; TAR Sicilia Catania I 15.2.2023, n. 451]. «D'altra parte, benché il principio dell'equivalenza permei l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, rispondendo lo stesso al principio del *favor participationis* e costituendo, altresì, espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte della P.A., nondimeno anche l'ampia latitudine riconosciuta al canone di equivalenza non ne consente, tuttavia, l'estensione all'ipotesi, esulante dal campo applicativo della stessa, di difformità del bene rispetto a quello descritto dalla *lex specialis*, configurandosi in tal caso un'ipotesi di **aliud pro alio non rimediabile**» [T.R.G.A. Trento I 23.12.2021, n. 204; CdS III 30.8.2022, n. 7558; TAR Emilia-Romagna Bologna I 28.1.2021, n. 72]. Al tempo stesso, si è ritenuto, che all'operatore economico in gara va riconosciuta la possibilità di dimostrare l'**equivalenza dei prodotti**; tale facoltà configura invero un onere da **adempiere già nella propria offerta**, non potendo pretendere che tale accertamento sia compiuto d'**ufficio** dalla stazione appaltante o, addirittura, che sia demandato alla sede giudiziaria una volta impugnato l'esito della gara. I concorrenti **non** sono onerati di una apposita **formale dichiarazione** circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con **qualsiasi mezzo appropriato** e la Commissione può effettuare la valutazione di equivalenza anche in **forma implicita**, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis*. In particolare, negli appalti di forniture, la produzione in sede di offerta delle schede tecniche dei prodotti è generalmente ritenuta idonea a consentire alla stazione appaltante lo svolgimento del giudizio di idoneità tecnica dell'offerta e di equivalenza dei requisiti del prodotto offerto alle specifiche tecniche [TAR Campania Napoli V 3.2.2023, n. 3110].

Altro terreno in cui si è maggiormente avvertita la capacità di scelte inappropriate di determinare la compressione del mercato è quello della **suddivisione in lotti**. Si tratta di un **obbligo derogabile** sulla scorta di adeguata motivazione. La giurisprudenza amministrativa, infatti, ha escluso che il principio della suddivisione in lotti possa considerarsi un principio assoluto ed inderogabile riconoscendo invece la possibilità di optare per un assetto alternativo mediante una scelta garantita da ampia discrezionalità, che va **motivata ma resta sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità**, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria. Segnatamente, la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico; di contro, la deroga ad una

suddivisione in lotti dell'appalto rigidamente rispettosa dell'interesse partecipativo massimizzato, è legittima subordinatamente: 1) all'osservanza dell'obbligo motivazionale, mediante la congrua illustrazione delle ragioni sottese alla suddivisione in lotti concretamente disposta; 2) alla verifica della logicità e plausibilità delle stesse, in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto [CdS III 28.12.2020, n. 8440; CdS V 15.2.2023, n. 1607].

III. Dimensione interpretativa del principio

- 1 Il principio di accesso al mercato ha valenza interpretativa. Lo stabilisce l'art. 4 del Codice secondo il quale le sue disposizioni si interpretano e si applicano in base ai principi al principio in questione. Questo riconoscimento - in linea con la precedente giurisprudenza - sembra doversi estendere anche all'interpretazioni della documentazione di gara, nel senso che - ove non impedita da clausole inequivoche per le quali si imponga il ricorso agli strumenti dell'autotutela [TAR Lazio Roma III-quater 1.7.2014, n. 6883; CdS III 3.3.2021, n. 1813] - in caso di *lex specialis ambigua o lacunosa* deve sempre essere favorita l'**interpretazione maggiormente capace di inverare la massima partecipazione**. Ed infatti, la giurisprudenza insegna che ai fini dell'interpretazione delle clausole di una *lex specialis* di gara vanno applicate le norme in materia di contratti e anzitutto il criterio letterale e quello sistematico, ex artt. 1362 e 1363 c.c. Conseguentemente, le stesse clausole non possono essere assoggettate a procedimento ermeneutico in una funzione integrativa, diretta a evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi, ma vanno interpretate secondo il significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione; soltanto ove il dato testuale presenti evidenti ambiguità deve essere prescelto dall'interprete il significato più favorevole al concorrente. Questa impostazione è preferita in ragione della coerenza che esprime anche con il dovere di buona fede delle parti nello svolgimento delle trattative (art. 1337 c.c.), che impone di dare una lettura della stessa *lex specialis* idonea a tutelare l'affidamento degli interessati, interpretandola per ciò che essa dice espressamente e dispensando il concorrente dal ricostruire, con indagini ermeneutiche integrative, ulteriori ed inespressi significati [CdS V 15.2.2023, n. 1589; CdS V 4.10.2022, n. 8481].

BIBLIOGRAFIA: (1) M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, Cedu per il procedimento e il processo amministrativo*, DPAm 2012, 569; (2) M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2016/09/M.Clarich_Contratti-pubblici-e-concorrenza.pdf 2015; (3) A. COSTA, *Il principio di massima partecipazione ad una gara pubblica*, <https://www.italiappalti.it/leggiarticolo.php?id=4358> 2020; (4) M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, DAm 2008, 297 ss.; (5) F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, DAm 2021, 29.

Articolo 4. - Criterio interpretativo e applicativo

1. Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.

Riferimenti normativi: l. 21.6.2022, n. 78

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX