

Determinazione n. 5 del 9 giugno 2005

"Frazionamento ed accorpamento di appalti di lavori pubblici"

IL CONSIGLIO

Premesso :

Sono pervenute all'Autorità numerose segnalazioni relative ad appalti per la cui esecuzione le stazioni appaltanti hanno previsto una suddivisione in più parti da affidare separatamente (variamente individuate, come "lotti" o come "stralci"), spesso tutte relative a lavorazioni appartenenti ad una singola categoria di opere, generale o specializzata.

Contestualmente, si è posto il problema analogo della possibile elusione delle norme poste a garanzia della concorrenza anche con riferimento all'ipotesi inversa dell'accorpamento di più appalti di lavori al fine dell'affidamento al c.d. "general contractor".

Rilevanti sono le implicazioni di tali frazionamenti o accorpamenti di appalti di lavori pubblici sulle modalità di affidamento delle opere e sulla loro esecuzione e, pertanto, si ritiene utile fornire alcune indicazioni in merito.

In diritto :

Al fine di un corretto inquadramento della tematica in questione, occorre in primo luogo analizzare la disciplina normativa.

Il legislatore del regolamento sulla contabilità generale dello Stato (regio decreto 23 maggio 1924, n. 827), ha ritenuto che il frazionamento dell'opera pubblica in lotti successivi sia una modalità di realizzazione di cui le stazioni appaltanti dovessero servirsi solo in casi eccezionali.

Infatti, l' art. 43 stabilisce che, per il complesso di una sola opera o di un solo lavoro, si può procedere mediante progetti parziali e contratti distinti con più imprese solo in caso di *"speciali necessità da farsi constare nel decreto di approvazione del contratto"* e, al secondo comma, detta il principio di carattere generale in base al quale, quando i lavori formino parte di un unico intervento, l'impresa appaltatrice deve essere la stessa e si deve procedere ad un unico contratto, non ammettendosi alcuna artificiosa suddivisione.

Infine, l' art. 37 del citato regio decreto consente di appaltare separatamente i lavori, suddividendoli in lotti, *"quando ciò sia riconosciuto più vantaggioso per l'amministrazione"*.

L'ipotesi di realizzazione dell'opera mediante suddivisione in lotti è stata prevista anche dalla legge quadro sui lavori pubblici che, al riguardo, ha provveduto a dettare in modo più concreto e dettagliato limiti e modalità di attuazione.

L'art 14, comma 7, della legge n. 109/94 e s.m. consente, infatti, all'amministrazione di inserire nella programmazione annuale anche uno solo o più lotti di un intervento (così legittimando un *modus operandi* largamente diffuso tra le stazioni appaltanti), a condizione che sia stata elaborata la progettazione almeno preliminare dell'intera opera e siano state quantificate le risorse finanziarie complessivamente occorrenti, al fine di raggiungere un sufficiente grado di certezza sulla realizzabilità dell'intero intervento.

Inoltre, il legislatore della legge quadro ha introdotto l'importante condizione della "funzionalità" del singolo lotto: ha, cioè, prescritto che, affinché sia consentita una ripartizione dell'opera, le stazioni appaltanti debbano necessariamente individuare dei lotti "funzionali", ossia delle parti di un lavoro generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti.

In tal modo, richiedendo inderogabilmente che ogni singolo lotto abbia una sua propria autonomia, cioè una sua utilità, non vi sarà pericolo di un inutile dispendio di denaro pubblico per il caso che la restante parte dell'intervento non venga poi realizzata.

A tale scopo, la legge quadro prescrive che l'amministrazione debba nominare, nell'ambito del proprio personale, un soggetto idoneo a certificare *"la funzionalità, fruibilità e fattibilità di ciascun lotto"*, soggetto che il D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (art. 8, primo comma, lettera p), punto 3) identifica nel responsabile del procedimento, attribuendogli l'onere di accertare ed attestare *"l'idoneità dei singoli lotti a costituire parte funzionale, fattibile e fruibile dell'intero intervento"*.

Nella prassi, la suddivisione di un'opera in più parti, da affidare con contratti distinti, è una modalità utilizzata dalle stazioni appaltanti soprattutto nelle ipotesi di interventi di notevoli dimensioni che si prestano ad essere "spezzati" in sub-affidamenti, definiti "lotti".

Esempi tipici riguardano la costruzione di infrastrutture per la viabilità, oppure la realizzazione di complessi edifici, aventi una unità funzionale, ma costituiti da parti strutturalmente autonome, come campus scolastici o complessi industriali.

Se, dunque, l'opera consiste in un edificio, o un complesso di edifici destinati, per esempio, ad una scuola o ad un ospedale, o se trattasi di una strada, una fognatura o un acquedotto, i lavori realizzati con il singolo appalto devono consentire la parziale apertura al pubblico o, comunque, l'attivazione del servizio al quale l'opera è destinata.

La suddivisione in lotti funzionali può, in tal modo, trovare una giustificazione in termini di efficienza ed economicità ed evitare, nel caso di mancato completamento dell'opera, uno spreco di risorse economiche e, quindi, un danno per l'erario.

Si è riscontrato tuttavia che, in alcuni casi, la suddivisione dell'opera in lotti da appaltare separatamente non soddisfa le condizioni della "fruibilità" e della "funzionalità" delle singole parti, come richiesto da legislatore.

A maggior ragione ciò accade nei casi di appalto "scorporato". Tale modalità di affidamento, diversa dalla suddivisione in lotti non funzionali, ma parimenti elusiva delle disposizioni di legge, viene attuata, ad esempio, quando la stazione appaltante affida, con appalti separati, da un lato la realizzazione della parte edile di un'opera pubblica e dall'altro l'esecuzione delle opere impiantistiche.

Quando un'opera costituente un'unità strutturale e funzionale viene eseguita affidando separatamente parti distinte di essa non si può neanche parlare di suddivisione dell'opera in lotti, ma piuttosto di "scorporamento degli appalti" o esecuzione mediante appalti parziali.

Tale istituto non può trovare applicazione per le opere a caratteristiche tecniche comuni (come la costruzione di un edificio), ma soltanto quando l'appalto "scorporato" richieda una particolare specializzazione tecnica o artistica come ad esempio nel caso di cui all' art. 19, comma 1-quater della legge n. 109/94 e s.m., relativo ai lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici.

In tali evenienze, pertanto, le stazioni appaltanti effettuano un artificioso frazionamento dell'opera al fine di aggirare la normativa nazionale e comunitaria.

Infatti, la disciplina delle procedure di affidamento varia notevolmente a seconda dell'importo dei lavori posto a base di gara, prevedendo modalità sempre più vincolanti all'aumentare dello stesso, con particolare riguardo agli obblighi di pubblicità dei bandi, che determinano l'ampiezza del mercato al quale ci si rivolge.

Ma soprattutto l'importo dei singoli affidamenti può essere artificiosamente ridotto al fine di far rientrare l'intervento nelle soglie massime indicate dalla legge per ricorrere a procedure di scelta del contraente che limitano la concorrenza.

Ci si riferisce soprattutto al ricorso al sistema della trattativa privata, di cui all' art. 24 della legge quadro ed è proprio in questo ambito che il frazionamento dell'importo complessivo del lavoro, con il conseguente abbassamento dell'importo dei singoli affidamenti, può drasticamente condizionare la possibilità di confronto tra gli operatori del mercato.

Il citato articolo 24, infatti, disciplina tassativamente i casi per i quali è ammesso l'affidamento a trattativa privata, per importi rientranti nella soglia massima di 300.000 euro, richiedendo sempre la motivazione della scelta, ma svincolando gli affidamenti al di sotto dei 100.000 euro dall'osservanza

delle disposizioni contenute nell' art. 41 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, imposta invece per gli appalti di importo compreso tra 100.000 e 300.000 euro.

L' art. 41 sopra citato elenca infatti i casi, da considerare tassativi, in cui è ammesso il ricorso alla trattativa privata, e cioè, in particolare, quando precedenti incanti o licitazioni siano andati deserti, o si abbiano fondate prove per ritenere che, ove si sperimentassero, andrebbero deserti; o quando occorre acquistare cose la cui produzione è garantita da privata industriale, o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso di pubbliche offerte; o quando l'urgenza dei lavori è tale da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione; ed in generale quando ricorrono speciali ed eccezionali circostanze.

In particolare in tema di urgenza, al fine di evitare che tramite lo strumento del frazionamento degli appalti venga elusa la normativa sulle procedure di aggiudicazione, appare di grande rilievo la recente pronuncia della Corte di Giustizia CE (sent. 14 settembre 2004 n. C.358/02) con la quale si evidenzia che "la circostanza che sin dall'inizio venga previsto di procedere all'esecuzione dei lavori per lotti in funzione ed a misura degli stanziamenti di volta in volta disponibili, non dimostra alcuna urgenza imperativa ed attiene, al contrario, all'organizzazione effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice".

Peraltro, lo stesso art. 24 della legge n. 109/94 e s.m. stabilisce espressamente al comma 4 che "nessun lavoro può essere diviso in più affidamenti al fine dell'applicazione del presente articolo" e, al comma 7, che "qualora un lotto funzionale appartenente ad un'opera sia stato affidato a trattativa privata, non può essere assegnato con tale procedura altro lotto da appaltare in tempi successivi e appartenente alla medesima opera".

La ratio delle disposizioni sopra ricordate è proprio quella di dissuadere le amministrazioni dall'artificioso frazionamento degli appalti al fine di ledere il principio della concorrenza mediante il ricorso alla trattativa privata.

In particolare, questa Autorità con la determinazione n. 1/2000 ha chiarito che, mentre il comma 1 dell' art. 24 della legge n. 109/94 e s.m. prevede l'elencazione tassativa delle ipotesi in cui è consentito ricorrere al sistema di affidamento della trattativa privata, il comma 7 del medesimo articolo introduce un rigoroso, ulteriore divieto in quanto, nel caso in cui il precedente lotto funzionale sia stato affidato a trattativa privata, non è consentito assegnare con tale procedura il lotto successivo, anche quando ricorrano le condizioni di cui al comma 1.

Appare opportuno aggiungere che la suddivisione in lotti se da un lato può consentire un più rapido completamento dell'opera, dall'altro presenta anche significativi inconvenienti, derivanti dalla necessità di stipulare una pluralità di contratti, dalla possibilità di un incremento del costo complessivo e dal frazionamento delle responsabilità contrattuali.

Inoltre, da un punto di vista tecnico-organizzativo, la presenza di più imprese nel cantiere può generare problemi di coordinamento e quindi un maggior impegno per la stazione appaltante. Da ciò la necessità per le stazioni appaltanti di valutare in termini generali e globali la convenienza a procedere ad appalti separati anche in presenza di lotti autonomamente funzionali e fruibili.

Il problema della possibile elusione delle norme poste a garanzia della concorrenza si pone anche con riferimento all'ipotesi di accorpamento di lavori che, al contrario del caso appena esaminato, presentano singolarmente in concreto i requisiti della funzionalità, fattibilità e fruibilità.

In particolare, il problema può porsi con riferimento agli affidamenti a "general contractor".

Si rileva che, ai sensi dell' art. 16, comma 3 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, "in sede di prima applicazione...i soggetti aggiudicatori adottano...l'affidamento a contraente generale per la realizzazione dei progetti di importo superiore a duecentocinquanta milioni di euro che presentino uno dei seguenti requisiti: interconnessione con altri sistemi di collegamento europei; complessità dell'intervento tale da richiedere un'unica logica realizzativa e gestionale, nonché estrema complessità tecnico-organizzativa".

Con riferimento a un bando di gara emanato da Grandi Stazioni S.p.A, il TAR Lazio ha avuto modo di pronunciarsi (sent. 11.3.2004 n. 2375) in ordine alla ammissibilità dell'accorpamento dei lavori ai fini dell'affidamento a contraente generale.

Nel caso di specie il giudice amministrativo ha precisato che "non basta predicare l'unitarietà

strategica degli interventi per dimostrare la necessità di trattarli tutti in un unico appalto. Occorre piuttosto dimostrare che l'accorpamento sia preferibile a fronte di altre soluzioni industriali possibili e che l'eterogeneità dei lavori, pur se da realizzare in contesti geografici, urbanistici ed architettonici variegati ed irriducibili, sia un costo comunque superabile dai benefici dell'unica procedura". E ancora "se è ben vero che non è sempre illegittima la sommatoria dei vari interventi in un unico grande progetto...l'innalzamento della soglia di partecipazione delle imprese alla gara deve essere la risultante di un'esigenza ponderata, razionale e proporzionata al fine..."

Nel richiamare l' art. 97 Cost. e i criteri di trasparenza, massima partecipazione, efficienza, efficacia e tempestività, il TAR considera che anche il trattamento mediante una pluralità di gare, "nella misura in cui parifica i tempi e le modalità di tutte le procedure mercè lotti adeguati anche all'effettiva realtà del mercato" può contribuire ad assicurare comunque l'omogeneità dei comportamenti, "obiettivo raggiungibile mediante identici standard costruttivi e qualitativi, più che con un'unità forzata".

In definitiva, l'accorpamento non deve rappresentare lo strumento per raggiungere la soglia dell'importo minimo per l'affidamento a contraente generale, ma deve essere la risultanza di una approfondita analisi relativamente agli obiettivi, ai mezzi a disposizione ed ai finanziamenti disponibili.

I rigorosi requisiti richiesti dal legislatore al fine di consentire l'affidamento a contraente generale comportano quindi la necessità di operare valutazioni e scelte di notevole complessità, relativamente alle effettive esigenze sottese a ogni intervento, ai tempi occorrenti per ciascuna realizzazione, all'incremento di funzionalità che l'esecuzione contemporanea, ove possibile, potrebbe portare, e al grado di complessità delle conoscenze tecniche necessarie alla realizzazione del progetto.

Al contrario, l'accorpamento di lavori non è giustificato quando ciascun intervento presenta in realtà caratteristiche ed esigenze differenziate alle quali si potrebbe ben fare fronte con appalti separati di minore importo senza per questo comprometterne la efficiente realizzazione.

Occorre, infatti, considerare che l'accorpamento di lavori, che ben potrebbero essere funzionalmente separati, ha riflessi di rilievo sulla partecipazione alle gare delle imprese che risulta sensibilmente ristretta, stante i requisiti di qualificazione richiesti per la partecipazione a questo genere di affidamenti.

In base alle considerazioni sopra esposte, si ritiene che:

a) l'esecuzione di un'opera può essere frazionata solo se i lavori oggetto di ciascun appalto sono comunque immediatamente fruibili per gli scopi e le funzioni che l'opera deve assolvere;

b) le stazioni appaltanti, in merito alla scelta di frazionare gli appalti, devono operare una corretta pianificazione degli interventi e certificare la funzionalità, fruibilità e fattibilità di ciascun lotto unicamente nei casi in cui le "parti" di un intervento, singolarmente considerate, evidenzino autonoma funzionalità e una propria utilità correlata all'interesse pubblico, indipendentemente dalla realizzazione dell'opera complessiva.

c) le stazioni appaltanti, in merito alla scelta di accorpare in un'unica procedura ad evidenza pubblica più appalti di lavori, devono fornire chiara e completa dimostrazione dei benefici derivanti da detta scelta, a confronto con le altre soluzioni industriali possibili, in un'ottica di efficienza, economicità e coerenza con gli obiettivi da raggiungere e nel rispetto dei principi di trasparenza e di massima partecipazione alle gare.

IL CONSIGLIERE RELATORE

Guido Moutier

IL PRESIDENTE

Alfonso M. Rossi Brigante

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 luglio 2005

Il Segretario