

AG 35/11

21/12/2011

Oggetto: richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici - ANCE - Lavori relativi alla realizzazione della terza corsia dell'Autostrada Trieste - Venezia - suddivisione dell'opera in lotti funzionali da affidare singolarmente.

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 27 settembre 2011, prot. n. 96500, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 21 dicembre 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

Appare utile, preliminarmente, ricordare sia pure in modo sintetico gli orientamenti dell'Autorità rilevanti ai fini dell'analisi della fattispecie oggetto di parere.

Con riferimento all'attività di progettazione è stato affermato che: "l'attività di progettazione dei lavori pubblici si articola in un sistema tripartito in un quadro tendenzialmente rigido in cui la discrezionalità dell'amministrazione è ben delimitata e le stesse scelte tecniche progettuali si collocano in ambiti precisati e si snodano all'interno di un percorso normativo che il legislatore ha tracciato [...]" (AVCP, Determinazione 30 gennaio 2001, n. 4). Successivamente, con riguardo alla divisione in lotti o stralci funzionali di un appalto, è stato altresì chiarito che: "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; 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; le stazioni appaltanti, in merito alla scelta di accorpate 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".

È agevole rilevare che il quadro normativo è rimasto sostanzialmente immutato con l'entrata in vigore del d. lgs. n. 163/2006. Se infatti l'art. 29 prevede tecniche idonee a neutralizzare il rischio di artificioso frazionamento degli appalti, l'art. 128, con formula identica all'art. 14 della l. n. 109/1994, dispone che: "Un lavoro può essere inserito nell'elenco annuale, limitatamente ad uno o più lotti, purché con riferimento all'intero lavoro sia stata elaborata la progettazione almeno preliminare e siano state quantificate le complessive risorse finanziarie necessarie per la realizzazione dell'intero lavoro. In ogni caso l'amministrazione aggiudicatrice nomina, nell'ambito del personale ad essa addetto, un soggetto idoneo a certificare la funzionalità, fruibilità e fattibilità di ciascun lotto."

Con particolare riferimento agli appalti di lavori, la divisione in lotti dovrebbe essere normalmente prevista nella fase del progetto preliminare. Secondo l'art. 18, co. 1 lett. c) del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 107, la relazione illustrativa del progetto preliminare, negli aspetti economici preliminari, affronta "l'eventuale articolazione dell'intervento in stralci funzionali e fruibili, ovvero in tratte funzionali per le opere a rete (Con riguardo alla realizzazione di infrastrutture strategiche, similmente, l'art. 2, co. 1, lett. c) dell'allegato XXI del d. lgs. 163/2006). Con riguardo, poi, al contenuto dei diversi livelli di progettazione, mentre normalmente nei lavori pubblici è previsto che il cronoprogramma sia allegato al progetto esecutivo, nella realizzazione delle infrastrutture strategiche il cronoprogramma accompagna il progetto definitivo (art. 17 dell'allegato XXI).

Di recente il legislatore nazionale è intervenuto due volte sull'articolazione degli appalti pubblici in lotti. L'art. 13, co. 2, lett. a) della l. 11 novembre 2011, n. 180, recante "Norme per la tutela della libertà di impresa. Statuto delle imprese" dispone che le stazioni appaltanti provvedono a suddividere "nel rispetto di quanto previsto dall'art. 29 del codice dei contratti pubblici [...] gli appalti in lotti o lavorazioni [...]". Successivamente, l'art. 44 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, con scelta significativa, tanto nel merito quanto nella collocazione sistematica, è nuovamente intervenuto sulla questione aggiungendo il comma 1 bis all'art. 2 del d. lgs. n. 163/2006, che recita: "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."

Ciò detto, è evidente che, nonostante la chiara volontà del legislatore nazionale e le indicazioni fornite da questa Autorità, sono le stazioni appaltanti che, di volta in volta, sulla base di elementi quali la natura dell'opera, l'assetto del mercato rilevante, le proprie capacità operative e gestionali devono scegliere oculatamente tra sistemi così detti multi provider o mono provider.

L'articolazione in lotti da assegnare nel corso di un'unica gara, infatti, può senz'altro permettere una diminuzione del tempo di esecuzione del contratto, assicurare una maggiore continuità nella prestazione del servizio o nella realizzazione dell'opera, consentire la permanenza nel mercato di un numero idoneo di operatori economici (soprattutto in settori nei quali la pubblica amministrazione gode di una posizione di sostanziale monopsonio) e di contrastare la costituzione o il mantenimento di posizioni dominanti sul mercato favorendo l'ingresso di nuovi operatori economici (T.R.G.A. Trento, sent. 31 luglio 2006, n. 257).

È vero anche, però, che un affidamento in più lotti può favorire fenomeni di bid rigging, generare rilevanti costi di transazione tanto in fase di gara quanto nel corso dell'esecuzione del contratto e, nel complesso, provocare un aggravio economico per la stazione appaltante.

Così ricostruito il quadro normativo rilevante, l'Autorità ritiene di svolgere le seguenti considerazioni sulla richiesta presentata dall'Istante.

È bene evidenziare, innanzitutto, che il progetto preliminare dell'opera già prevede una divisione in lotti funzionali. Il progetto definitivo del lotto San Donà - Alvisopoli, infatti, è stato approvato e validato sul presupposto dell'articolazione in lotti compiuta nel livello precedente, come indicato dall'Autorità nella determinazione citata e come prassi nel settore dei lavori pubblici.

Ora, come è stato detto, in sede di progetto definitivo sarebbe residua alla stazione appaltante la possibilità di discostarsi, motivatamente, dalla scelta progettuale compiuta nella fase procedimentale precedente e di prevedere la possibilità di realizzare la tratta autostradale interessata attraverso l'affidamento di più di un contratto pubblico. Nel caso di specie, diversamente, è già intervenuta l'approvazione conforme di due livelli di progettazione e, in particolare, di rilevanti allegati che costituiscono parte integrante del progetto, quali il computo metrico, il quadro economico e il cronoprogramma; ciò deve indurre la stazione appaltante a valutare con grande prudenza l'opportunità di procedere ad un'ulteriore divisione in lotti, che comportando la revisione di scelte e decisioni già assunte nelle due precedenti fasi progettuali richiamate, potrebbe essere adeguatamente motivata solo sulla base di precise e obiettive esigenze da ultimo manifestatesi.

Si rileva, infine, che il pur ingente prezzo stimato a base d'asta, 420 milioni di euro, rientra pienamente negli standard delle opere da affidare a contraente generale - che, per quanto in atti, sembra essere la modalità di affidamento prescelta dalla stazione appaltante - la cui classificazione è attualmente articolata nelle fasce fino a 350 milioni di euro, tra 350 e 700 milioni di euro e oltre i 700 milioni di euro.

Avv. Giuseppe Busia