



.....OMISSIS.....

Oggetto

Progetto "Tecnologie 4.0 per le nuove frontiere della formazione digitale" – PNRR – articoli 14 e 50 del d.lgs. 36/2023 - richiesta parere.

UPREC-CONS-0048-2024-FC

FUNZ CONS 22/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 21 marzo 2024, acquisita al prot. Aut. n. 37452, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 16 aprile 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269/2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Con il quesito proposto la FondazioneOMISSIS....., stazione appaltante ai sensi dell’art. 1, comma 1, lett. a) del d.lgs. 36/2023, quale soggetto attuatore del progetto indicato in epigrafe, finanziato con fondi PNRR, chiede se la stessa possa essere qualificata come “autorità governativa centrale” o come “autorità governativa sub-centrale” ai fini dell’individuazione della soglia di rilevanza europea entro la quale la stessa può ricorrere alla procedura negoziata ai sensi dell’art. 50, comma 1, lett. e) per l’affidamento di servizi e forniture di importo superiore ad euro 140.000 e fino alle soglie di cui all’art. 14 del Codice.

La Fondazione chiede, inoltre, se ricorrendo a diversi affidamenti diretti (tramite Mepa) di contratti di forniture di materiale hardware e software, in favore di distinti operatori economici nel rispetto del principio di rotazione, vista l’identità dell’oggetto della fornitura (da acquisire di volta in volta in base alle indicazioni dei docenti che presiederanno i corsi organizzati dalla Fondazione), possa configurarsi un frazionamento artificioso della stessa.

Al fine di fornire riscontro ai quesiti posti, con riguardo al primo, riferito alla qualificabilità della Fondazione quale “autorità governativa centrale” o “autorità governativa sub-centrale” ai fini dell’individuazione della soglia di rilevanza europea entro la quale la stessa può ricorrere alla procedura negoziata ai sensi dell’art. 50, comma 1, lett. e) del d.lgs. 36/2023 in combinato disposto con l’art. 14, comma 1, lett. b) e c) dello stesso decreto legislativo, si richiama preliminarmente il citato art. 50, comma 1, ai sensi del quale «Salvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità: [...] e) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad

indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14».

A sua volta, l'art. 14, comma 1, lett. b) ed e), nell'individuare la soglia di rilevanza europea per gli appalti di forniture, servizi e concorsi di progettazione, stabilisce che tale soglia è pari a: «b) euro 143.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato I alla direttiva 2014/24/UE; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da stazioni appaltanti operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato III alla direttiva 2014/24/UE; c) euro 221.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali; questa soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, quando gli appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato III alla direttiva 2014/24/UE; (...)».

Con riguardo alle previsioni del citato art. 14 del Codice, sembra opportuno osservare che l'Allegato I.1, dedicato alle "Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti" cui rinvia l'art. 13, comma 6, del d.lgs. 36/2023, dopo aver precisato che per "stazione appaltante" si intende «qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice», non contiene una specifica definizione di "stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali" e di "stazioni appaltanti sub-centrali", indicate nell'art. 14 sopra richiamato.

Il predetto Allegato fa invece riferimento (per quanto di interesse ai fini del parere), nel comma 1, lett. c), alle «amministrazioni centrali», intendendo per tali «le pubbliche amministrazioni di cui all'allegato I della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, Presidenza del Consiglio dei ministri, Ministero degli affari esteri e cooperazione internazionale, Ministero dell'interno (incluse le Prefetture-Uffici Territoriali del Governo e le direzioni regionali e interregionali dei vigili del fuoco), Ministero della giustizia e uffici giudiziari (esclusi i giudici di pace), Ministero della difesa, Ministero dell'economia e delle finanze, Ministero delle imprese e del made in Italy, Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, Ministero dell'Ambiente e della sicurezza energetica, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Ministero del lavoro e delle politiche sociali (incluse le sue articolazioni periferiche), Ministero della salute, Ministero dell'istruzione e merito, Ministero dell'università e della ricerca, Ministero della cultura (comprensivo delle sue articolazioni periferiche), CONSIP S.p.A. (solo quando CONSIP agisce come centrale di committenza per le amministrazioni centrali), Agenzia nazionale dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata e i soggetti giuridici che sono loro succeduti». Mentre le «amministrazioni sub-centrali», sono «tutte le pubbliche amministrazioni diverse dalle amministrazioni centrali di cui alla lettera c); [...]».

Dal disposto delle previsioni sopra richiamate sembra derivare quindi che "le stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali" e le "stazioni appaltanti sub-centrali" indicate nell'art. 14 del Codice, possano ritenersi corrispondenti, ai fini in esame, alle definizioni contenute nell'Allegato I del Codice (che rinvia a sua volta all'allegato I della direttiva 24/2014) per le "amministrazioni centrali" e per le "amministrazioni sub-centrali", queste ultime individuate in via residuale, confluendo in tale categoria tutti i soggetti non qualificabili come amministrazioni centrali ai sensi della lettera c) dell'art. 1 dell'Allegato I.1.

Con la conseguenza che la Fondazione istante ("stazione appaltante" ex art. 1, comma 1, lett. a) dell'Allegato I.1), non rientrando nell'elenco delle "amministrazioni centrali" contenuto nel citato

Allegato I.1., ai fini di quanto richiesto nell'istanza di parere, sembra invero qualificabile come "amministrazione sub-centrale" (recte "stazione appaltante sub-centrale"), con la conseguente applicazione dell'art. 50, comma 1, lett. e) del Codice e del ricorso alla procedura negoziata ivi prevista, per gli appalti di servizi/forniture di valore superiore ai 140.000 euro e fino alle soglie indicate dall'art. 14, comma 1, lett. c) del Codice medesimo.

Quanto invece al secondo quesito, riferito alla possibilità di procedere a distinti affidamenti diretti di contratti di forniture aventi il medesimo oggetto, in favore di diversi operatori economici individuati nel rispetto del principio di rotazione, si osserva che in continuità con le previsioni già contenute nell'art. 35 del d.lgs. 50/2016, l'art. 14 del d.lgs. 36/2023, stabilisce al comma 4 che «// calcolo dell'importo stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), valutato dalla stazione appaltante. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Quando la stazione appaltante prevede premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tiene conto nel calcolo dell'importo stimato dell'appalto».

La disposizione aggiunge, al comma 10, specificamente per gli appalti di forniture, che «a) quando un progetto volto ad ottenere forniture omogenee può dare luogo ad appalti aggiudicati per lotti distinti, nell'applicazione delle soglie di cui ai commi 1 e 2 è computato l'importo complessivo stimato della totalità di tali lotti; b) quando l'importo cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie di cui ai commi 1 e 2, le disposizioni del codice si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto».

La norma richiamata, quindi, nel disciplinare i metodi di calcolo del valore stimato di un contratto pubblico, stabilisce che per gli appalti di fornitura suscettibili di affidamento per lotti distinti, deve essere considerato il valore complessivo degli stessi e se tale valore è superiore o pari alla soglia comunitaria si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto le norme dettate dal Codice.

Il comma 6 aggiunge a quanto sopra che «La scelta del metodo per il calcolo dell'importo stimato di un appalto o concessione non può essere fatta per evitare l'applicazione delle disposizioni del codice relative alle soglie europee. Un appalto non può essere frazionato per evitare l'applicazione delle norme del codice, tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustificano».

Come evidenziato nella Relazione illustrativa del Codice «Il comma 6 pone il principio del divieto di frazionamento artificioso: un appalto non può essere frazionato per evitare l'applicazione delle norme del codice e solo ragioni oggettive possono giustificare l'operazione di suddivisione. Nello stesso senso la scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto o concessione non può essere fatta per evitare l'applicazione delle disposizioni del codice relative alle soglie europee».

Pertanto, come osservato dall'Autorità, la corretta individuazione dell'importo a base di gara, secondo le disposizioni richiamate, costituisce un obbligo per la stazione appaltante (e non una scelta discrezionale della stessa), quale adempimento necessario sia per rendere edotto il mercato del valore economico dell'appalto posto in gara (in modo da consentire la formulazione di offerte adeguate e sostenibili), sia per calibrare correttamente i requisiti per la partecipazione, sia infine per l'individuazione del giusto procedimento di gara (parere AG 2/2016/AP e Funz Cons n. 60/2023, n. 40/2023). Con la conseguenza che «in caso di contemporaneo affidamento di una pluralità di contratti di appalto di servizi o forniture (di natura omogenea), anche mediante lotti distinti, si deve computare il valore complessivo degli stessi e, ove questo valore superi la soglia prevista dall'art. 35 co. 1 d.lgs. 50/2016 [sostituito dall'art. 14 del d.lgs. 36/2023], la stazione appaltante deve espletare le relative procedure di affidamento nel rispetto delle norme comunitarie

previste dal Codice dei contratti per gli affidamenti "sopra soglia" (delibera ANAC n. 774/2021)» (delibera n. 34/2022).

Laddove, quindi, si assista ad una segmentazione dell'appalto in tanti affidamenti diretti, tale fattispecie può configurare un artificioso frazionamento dell'appalto, in violazione dell'art. 14, comma 6 del Codice, laddove non supportata adeguata motivazione (delibera Anac n. 378/2022).

Il divieto di frazionamento di un appalto, sancito dall'art. 14 del d.lgs. 36/2023 (e già dall'art. 35 del d.lgs. 50/2016) nei termini ivi previsti, assurge quindi a principio generale, avente la finalità di sottrarre da indebite ed arbitrarie scelte di "comodo" l'affidamento diretto di commesse che richiedono invece procedure di evidenza pubblica (delibera n. 567/2019).

Tale divieto è stato richiamato, ancorché in relazione al previgente regime di settore delineato dal d.lgs. 50/2016, nelle Linee Guida n. 4 (recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici") che al par. 2.1 precisano che «Il valore stimato dell'appalto è calcolato in osservanza dei criteri fissati all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici. Al fine di evitare un artificioso frazionamento dell'appalto, volto a eludere la disciplina comunitaria, le stazioni appaltanti devono prestare attenzione alla corretta definizione del proprio fabbisogno in relazione all'oggetto degli appalti, specialmente nei casi di ripartizione in lotti, contestuali o successivi, o di ripetizione dell'affidamento nel tempo».

Si aggiunga a quanto sopra che l'Autorità, in relazione ad un caso analogo al presente, ha anche osservato che ove la stazione appaltante abbia necessità di affidare separatamente forniture inerenti un medesimo appalto, tali forniture (secondo le previsioni dell'art. 58 del d.lgs. 36/2023) possono formare oggetto di affidamento mediante lotti separati, ove rispondenti alle caratteristiche di autonomia e funzionalità richiesti dal Codice, fermo restando l'obbligo di considerare i lotti come parte di un progetto di acquisizione unitario al fine di determinare la soglia comunitaria e la connessa procedura di gara ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. 36/2023 sopra richiamato (in tal senso parere Funz Cons 40/2023).

Alla luce delle considerazioni svolte, in relazione al quesito relativo alla possibilità di affidare separatamente le diverse forniture inerenti l'appalto finalizzato alla realizzazione del Progetto indicato in epigrafe, tale modalità di affidamento sembra presentare profili di non conformità alle prescrizioni dell'art. 14 del Codice in ordine al calcolo del valore stimato dell'appalto e al divieto del frazionamento artificioso dello stesso.

Dall'istanza di parere, infatti, non sembrano emergere ragioni oggettive poste a fondamento dei progressivi affidamenti diretti per forniture omogenee, facendo riferimento esclusivamente al fatto che l'oggetto della fornitura è ancora in fase di individuazione da parte dei docenti che presiederanno i corsi organizzati dalla Fondazione. Tali motivazioni, legate essenzialmente all'organizzazione delle attività incluse nel progetto, secondo il cronoprogramma PNRR, non sembrano supportare adeguatamente una deroga al divieto di frazionamento secondo le prescrizioni del richiamato art. 14 del Codice.

Si consideri al riguardo che «Le ragioni di urgenza, in quanto non riferibili alle caratteristiche delle prestazioni oggetto di appalto o concessione, ma piuttosto a condizioni esterne ed al contesto nel quale deve essere effettuato l'affidamento, possono giustificare il ricorso ai diversi istituti individuati dal codice dei contratti (riduzione dei termini delle procedure ordinarie, procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016, esecuzione anticipata del contratto, etc.), ma non una deroga alle disposizioni sul calcolo dell'importo del contratto, che sia finalizzata ad utilizzare erroneamente procedure riservate a contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, quale quella di cui all'art. 36 comma 2 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016. In caso di

contemporaneo affidamento di una pluralità di contratti di appalto di servizi, anche mediante lotti distinti, si deve computare il valore complessivo degli stessi e, ove questo valore superi la soglia prevista dall'art. 35 comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante deve espletare le relative procedure di affidamento nel rispetto delle norme comunitarie previste dal Codice dei contratti per gli affidamenti "sopra soglia" (delibera n. 387/2022). Pertanto, «nella gestione degli affidamenti, le stazioni appaltanti sono chiamate ad ispirarsi ai principi di buona amministrazione ed efficienza; ciò comporta che, nella fase di predisposizione della gara, l'amministrazione deve avere contezza del tipo di servizio di cui ha bisogno così da programmare in modo puntuale, anche con una visione rivolta al lungo periodo, la relativa gestione» (delibera Anac n. 378/2022).

Infine, sembra utile aggiungere a quanto sopra che con riguardo agli appalti finanziati nell'ambito del PNRR, l'art. 225, comma 8, del d.lgs. 36/2023 ha stabilito che «In relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018».

L'Autorità ha chiarito al riguardo che per i predetti appalti «la normativa applicabile sia costituita, *ratione temporis e ratione materiae*, dal nuovo Codice appalti (d.lgs. n. 36/2023) e dal c.d. Decreto semplificazioni (Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni nella Legge 11 settembre 2020, n. 120); in tal senso, peraltro è l'orientamento giurisprudenziale più recente, cui si ritiene di aderire – v. Tar Lazio, sez. II bis, 3.1.2024 n. 134 – secondo cui «Con particolare riferimento a tale ultima disposizione [ovvero l'art. 225, comma 8 del d.lgs. n. 36/2023 – n.d.r.], il Collegio rileva che essa si limita a stabilire la perdurante vigenza delle sole norme speciali in materia di appalti PNRR (tra cui gli artt. 47 e ss. d. l. n. 77/21) ma non anche degli istituti del d.lgs. n. 50/16 in esso sporadicamente richiamati; la contraria opzione ermeneutica, seguita dalla circolare del MIT del 12/07/23..., collide con il ricordato disposto del comma 2 dell'art. 226 d.lgs. n. 36/23, che sancisce l'abrogazione del d.lgs. n. 50/16 a decorrere dal 01/07/23 senza alcuna eccezione, e con il comma 5 della medesima disposizione, secondo cui "ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso"» (delibera n. 51 del 31 gennaio 2024, UPREC-PRE 848/2023/L/PREC).

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente