



## DELIBERA N. 774

24 novembre 2021

### Fascicolo 4124/2021

*(da citare nella risposta)*

### Oggetto

**Indagine generale sull'applicazione degli artt. 35 e ss. del D.lgs. 50/2016- Affidamenti del servizio di spazzamento neve gestito dalla Provincia di Reggio Emilia per l'anno 2019.**

### Riferimenti normativi

Articolo 35 – 36 - 51 d.lgs. 50/2016.

### Parole chiave

Servizio spazzamento neve - Frazionamento artificioso dell'affidamento.

### Massima

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 co. 1 d.lgs. 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".

#### **Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**

VISTO il D.Lgs.18.4.2016 n. 50, recante il "*Codice dei Contratti Pubblici*";

VISTE le Linee guida n. 4, di attuazione del D.Lgs. 18.4.2016, n. 50, 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*", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26.10.2016 e successivi aggiornamenti;



VISTO il "Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici" del 4.7.2018 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - n. 241 del 16.10.2018);

VISTI gli atti del procedimento di vigilanza in oggetto nonché la relazione dell'Ufficio vigilanze collaborative, speciali e centrali di committenza.

### PREMESSA

L'Autorità ha avviato un'indagine di carattere generale volta a verificare eventuali ipotesi di frazionamento degli affidamenti, in elusione dell'obbligo di assegnazione degli stessi nel rispetto della normativa comunitaria.

A tal fine sono stati estratti a campione taluni affidamenti dalla Banca dati dei contratti pubblici nazionale, raggruppati per CPV ed assegnati dalla medesima stazione appaltante, il cui valore complessivo risultasse superiore alle soglie comunitarie (previste dall'art. 35 d.lgs. 50/2016).

Sono dunque emersi gli affidamenti assegnati dalla Provincia di Reggio Emilia per la gestione del servizio di spazzamento neve, in relazione ai quali è emerso che la stazione appaltante ha adottato n. 54 distinte procedure per l'affidamento di contratti triennali, svolte ai sensi dell'art. 36 d.lgs. 50/2016 (al tempo vigente), per importi *singolarmente* inferiori alla soglia comunitaria, ma *complessivamente* superiori alla stessa soglia.

Di seguito l'elenco dei CIG relativi agli affidamenti esaminati: 7835308CB2, 78365204E1, 7836654376, 78367144F9, 7836804F3B, 7836855953, 7836876AA7, 78369041C5, 783693180B, 7836956CAB, 7836978ED2, 783700444A, 78370233F8, 7837154014, 78371794B4, 78372184E3, 7837245B29, 7837266C7D, 78372818DF, 7837304BD9, 783731983B, 78373512A5, 7837375672, 7837389201, 783849852D, 7838502879, 7838505AF2, 7838507C98, 7838652443, 7838665EFA, 783867573D, 7838687126, 7838700BDD, 783870827A, 7838725082, 7838962415, 78391406F8, 7839157500, 7839178654, 78391997A8, 78392100BE, 7839231212, 7839244CC9, 7839265E1D, 783928811C, 7839297887, 78393135BC, 7839320B81, 7839334710, 8034894C46, 80354127BF, 8035416B0B, 8035422002, 803543176D, 8035438D32, 80354474A2, 80354528C1.

Dopo una preliminare richiesta di informazioni rivolta alla stazione appaltante (nota prot. U ANAC 73482 dell'11.10.2021), l'Autorità ha comunicato l'avvio del **procedimento di vigilanza**, per violazione dell'art. 35, co. 5, 6 e 9 d.lgs. 50/2016, vigenti alla data del 9.4.2019, assegnando un termine di 30 giorni per eventuali controdeduzioni (ai sensi del Regolamento di vigilanza ANAC 4.7.2018).

In particolare, la stazione appaltante ha suddiviso il territorio provinciale in due reparti: nord e sud. Con determinazione n. 222 del 9.4.2019, il reparto *sud* è stato suddiviso in 29 appalti corrispondenti ad altrettante zone omogenee di intervento in funzione delle caratteristiche del territorio



provinciale; i relativi affidamenti sono singolarmente di importo inferiore alla soglia comunitaria, ma complessivamente pari ad € 3.051.750,00, oltre IVA.

Con determinazione n. 223 del 9.4.2019, il reparto *nord* è stato suddiviso in 25 appalti corrispondenti ad altrettante zone omogenee di intervento in funzione delle caratteristiche del territorio provinciale; i relativi affidamenti sono singolarmente di importo inferiore alla soglia comunitaria, ma complessivamente pari ad € 1.906.500,00, oltre IVA.

Essendo andate deserte n. 10 affidamenti tra i 25 ricadenti all'interno del reparto nord, con successiva determina n. 667 del 20.9.2019, si è proceduto ad altrettanti affidamenti diretti, per un importo complessivo di € 923.100,00, oltre IVA.

Gli affidamenti assegnati nelle citate determine n. 222 e 223 integrano una sostanziale suddivisione in lotti del servizio di spazzamento neve provinciale, rilevante ai sensi dell'art. 51 d.lgs. 50/2016 e la loro somma è pari ad € 4.922.250,00, oltre IVA, superando ampiamente la soglia comunitaria prevista dal medesimo art. 35 d.lgs. 50/2016.

Anche gli importi dei contratti assegnati con la determina 667, mediante affidamento diretto (ai sensi dell'art. 36 co. 1 lett. a, d.lgs. 50/2016), sono pari ad € 923.100,00, oltre IVA, risultando, dunque, anche essi superiori alla soglia comunitaria prevista dall'art. 35 citato. Inoltre, in specifico riferimento a tali ultimi contratti, deve tenersi conto della modifica normativa *medio tempore* intervenuta, consistente nell'eliminazione della parola "*contemporaneamente*" dal comma 9 dell'art. 35 (ad opera dell'art. 1, co. 21, d.l. 18.4.2019, n. 32, conv. in L. 14.6.2019, n. 55). Tale modifica comporta una valutazione più estesa dei servizi da computare.

Infine, si è osservato che l'art. 35, co. 5 d.lgs. 50/2016 impone di valutare unitariamente gli affidamenti assegnati dalla medesima stazione appaltante, per l'anno 2019, per garantire il servizio di spazzamento neve.

Pertanto, alla luce della situazione di fatto descritta e in applicazione della richiamata normativa di riferimento, la stazione appaltante avrebbe dovuto affidare i singoli contratti mediante una delle ordinarie procedure di gara previste dall'art. 60 e ss. del codice, nel rispetto della normativa comunitaria, ferma restando l'operatività dell'art. 35 co. 11 d.lgs. 50/2016.

Nelle **controdeduzioni** della stazione appaltante sono stati invocati i principi di economicità, proporzionalità, libera concorrenza, evidenziando altresì che la durata triennale del contratto consente il recupero degli investimenti occorrenti (relazione del 20.5.2021).

Inoltre, nella successiva relazione del 10.11.2021, la stazione appaltante ha precisato che: il mercato di riferimento è costituito da operatori economici scarsamente interessati; anche le procedure aperte indette in passato spesso sono andate deserte; la ripartizione del servizio in ambiti territoriali è funzionale a garantire le piccole e medie imprese; i ridotti ribassi sono il frutto di peculiari caratteristiche del servizio, che offre pochi margini di guadagno, anche perchè prevede forme di controllo e verifica dell'esecuzione tecnologicamente avanzati.



## CONSIDERATO IN DIRITTO

Sulla base del quadro normativo di riferimento sopra richiamato, costituito dall'art. 35 co. 5, 6 e 9 d.lgs. 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 co. 1 d.lgs. 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".

L'Autorità, con Delibera 359/2021, ha recentemente ribadito un consolidato orientamento, anche giurisprudenziale, affermando che *"sulla scorta di un consolidato orientamento, le Linee Guida n. 4 dell'ANAC avevano già precisato che "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". Inoltre, con delibera ANAC n. 658/2018 (resa in riferimento ad una serie di affidamenti di lavori, ma estensibile anche agli affidamenti di servizi), si era osservato che "la possibilità di frazionamento in lotti si pone, sotto il profilo normativo, "in funzione di dialettica contrapposizione con l'espresso divieto di artificioso frazionamento dell'oggetto dell'appalto. In altri termini, il frazionamento in lotti appare consentito fino al limite del divieto volto a evitare elusioni della disciplina comunitaria da parte delle stazioni appaltanti che potrebbero suddividere un unico contratto di valore pari o superiore alla soglia comunitaria, al fine di ottenere lotti di valore inferiore, che astrattamente potrebbero essere aggiudicati con procedure meno competitive di quelle previste per i contratti "sopra soglia". (...) La stazione appaltante, pertanto, pur essendo libera di frazionare l'appalto, deve considerare i lotti come parte di un progetto di acquisizione unitario al fine di determinare la soglia comunitaria e la connessa procedura di gara. La stazione appaltante, in particolare, dovrà fare riferimento alle procedure corrispondenti al valore complessivo dell'affidamento, dato dalla somma del valore dei singoli lotti (art. 29, commi 7 e 8; cfr. Cons St, sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681; Cons. St, sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1101; Cons. St., sez. V, n. 4767 del 2 ottobre 2008; Tar Lazio, sez. III, n. 1722 del 7 marzo 2006)" (AVCP, Parere sulla normativa del 24 aprile 2013, rif. AG 02/13). In sostanza, il rispetto della disciplina risulta assicurato, in caso di suddivisione in lotti, garantendo che i medesimi vengano considerati come parti di un'opera unitaria al fine di determinare la soglia europea (Cons. St., sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669). In modo ancor più esplicito, se ancora ve ne fosse bisogno: "la suddivisione in lotti di un'opera unitaria [...] impone l'applicazione comunque del diritto comunitario, se la somma degli importi dei singoli lotti supera la soglia comunitaria" (Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1101, ma anche id., sez. VI, 18 maggio 2004, n. 3188)."*

L'Autorità si è spesso occupata del frazionamento artificioso degli affidamenti – con le Delibere ANAC 1199/2019, Delibera ANAC 248/2021, Delibera ANAC 666/2021 e Delibera ANAC 628/2021



- sempre ribadendo, anche sotto diversi e convergenti profili, le esposte argomentazioni, utilmente spendibili anche nel caso oggetto di odierno esame.

Nel caso di specie, peraltro, la identità dei servizi ha dato luogo all'espletamento di una ripartizione in lotti su base territoriale, che non giustifica il diverso metodo di calcolo utilizzato dalla stazione appaltante e che ha invece condotto all'assegnazione dei contratti mediante di procedure "sotto soglia" (negoziate o affidamenti diretti), ai sensi dell'art. 36 d.lgs. 50/2016. Diversamente, e come già detto, tenuto conto dell'importo complessivo dei servizi assegnati, la stazione appaltante avrebbe dovuto svolgere le relative procedure di affidamento nel rispetto delle norme comunitarie previste dal Codice dei contratti per gli affidamenti "sopra soglia".

Pare opportuno precisare che non è in contestazione la scelta della stazione appaltante di ripartire il servizio in lotti territoriali distinti, opzione coerente con l'art. 51 d.lgs. 50/2016 e che si pone a principale beneficio delle piccole e medie imprese.

E' in contestazione, invece, la mancata valorizzazione dell'importo complessivo dei singoli affidamenti, al fine di svolgere le procedure di gara nel rispetto delle più stringenti regole previste dal Codice dei Contratti per le gare sopra soglia comunitaria.

Tale considerazione risponde ad una delle obiezioni formulate dalla stazione appaltante, in ordine alla scarsa appetibilità del servizio, in quanto lo svolgimento di una gara nel rispetto della normativa comunitaria sopra soglia, ad esempio, prevede un regime di pubblicità più ampio, funzionale alla partecipazione di ulteriori e diversi operatori economici, ai quali è altrimenti preclusa la notizia dell'esistenza stessa dell'affidamento.

Lo svolgimento dell'affidamento secondo le regole previste per le gare sopra soglia, inoltre, non pregiudica la partecipazione delle piccole e medie imprese, soprattutto ove l'affidamento è suddiviso in lotti; anzi, tale suddivisione, oltre ad essere tendenzialmente obbligatoria, potrebbe facilitare la partecipazione di diversi concorrenti, sia con l'eventuale introduzione dei vincoli di aggiudicazione o partecipazione previsti dall'art. 51 d.lgs. 50/2016, sia con le ordinarie forme di aggregazione previste dall'ordinamento vigente.

Di più. L'ampliamento del servizio ad un maggior numero di operatori economici, normalmente, eleva la qualità del servizio stesso, ad esempio, in virtù delle diverse soluzioni tecniche che potrebbero emergere nell'ambito del confronto competitivo. E con ciò pare travolgersi ogni diversa valutazione, pure eccepita dalla stazione appaltante, in ordine al rispetto dei principi di economicità, proporzionalità e libera concorrenza, nello svolgimento degli affidamenti in esame.

Non pare infine cogliere nel segno l'ulteriore osservazione formulata dalla stazione appaltante in ordine alla circostanza che in passato simili procedure aperte sono andate deserte.

In primo luogo perché la deserzione della gara non costituisce giustificato motivo per violare le norme di riferimento.

Inoltre, deve osservarsi che, nello svolgimento delle procedure negoziate in esame (anno 2019), in 10 casi su 54 procedimenti si è avuta una deserzione degli affidamenti. Peraltro, sulla base di



quanto emerge dalla banca dati dell'Autorità, moltissime altre procedure svolte in passato, dalla medesima stazione appaltante e per il medesimo servizio (anni 2012 e 2015), sono andate deserte, ancorchè siano state svolte come procedure "sotto soglia".

Ciò significa che, per lo specifico mercato di riferimento in esame, l'espletamento di una procedura "sotto soglia" piuttosto che di una procedura ordinaria è scelta tendenzialmente neutra, rispetto all'effettiva aggiudicazione del servizio.

Resta in ogni caso inteso che ove la procedura ordinaria svolta nel rispetto della normativa comunitaria non sia aggiudicata per mancanza di partecipanti, la stazione appaltante può successivamente affidarla mediante una delle altre modalità previste dal d.lgs. 50/2016.

\*\*\*

Per tutto quanto esposto, ai sensi dell'art. 22, co. 1-2 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4.7.2018,

#### **DELIBERA**

di raccomandare, alla stazione appaltante, per i futuri affidamenti, di conformarsi alle considerazioni svolte nella presente delibera, in riferimento alla corretta applicazione dell'art. 35 e 36 d.lgs. 50/2016.

La stazione appaltante è altresì invitata a comunicare le determinazioni assunte al riguardo, entro il termine di **30 giorni** dalla ricezione della presente delibera.

La presente delibera sarà pubblicata, ai sensi dell'art. 22, co. 1, del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4.7.2018, sul sito internet dell'Autorità.

*Il Presidente*

*Avv. Giuseppe Busia*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 2.12.2021

*Per il Segretario*

*Maria Esposito*

Rosetta Greco

*Firmato digitalmente il 2 dicembre 2021*

