



Oggetto

Chiarimenti in merito alla valutazione delle soglie di rilevanza comunitaria all'interno del medesimo finanziamento – richiesta parere – vs rif. prot. n. 4889 del 19.7.2023.

FUNZ CONS 40/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta acquisita al prot. Aut. n. 59389 del 20 luglio 2023 e successive note acquisite al prot. n. 61311 del 27 luglio 2023, n. 62410 del 31 luglio 2023 e n. 62550 del 31 luglio 2023, con le quali è stata rappresentata l'urgenza del caso, 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 6 settembre 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che 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. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Il quesito proposto attiene alla realizzazione delOMISSIS....., la cui attuazione richiederebbe l'acquisizione di forniture afferenti a due categorie merceologiche (attrezzature e arredi), che l'amministrazione istante intende aggiudicare a due distinti operatori economici con autonome procedure affidamento. A tal riguardo si chiede se il frazionamento dell'importo autorizzato per tali forniture, tra le due differenti categorie merceologiche indicate, possa ritenersi legittimo ai fini della valutazione delle soglie di rilevanza comunitaria.

Si osserva quindi, in merito, che l'art. 14 (*"Soglie di rilevanza europea e metodi di calcolo dell'importo stimato degli appalti. Disciplina dei contratti misti"*) del d.lgs. 36/2023 (*"Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici"*), in continuità con quanto già previsto dall'art. 35 del d.lgs. 50/2016, stabilisce le modalità con le quali la stazione appaltante deve procedere all'individuazione dell'importo stimato di un contratto pubblico, precisando che «Il 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» (comma 2).

La disposizione stabilisce inoltre 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».

Si stabilisce altresì, al comma 6, 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 giustificino».

La norma sopra 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.

Come chiarito 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. 2/2021).

Il divieto di frazionamento di un appalto, sancito dall'art. 35 del d.lgs. 50/2016 e ora ribadito dall'art. 14 del d.lgs. 36/2023 e 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 (del. n. 567 del 12.06.2019).

Tale divieto è stato richiamato dall'Autorità 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».

Quanto alla possibilità di suddividere in lotti un appalto pubblico, secondo le previsioni dettate già dall'art. 51 del d.lgs. 50/2016 e successivamente confermate dall'art. 58 del d.lgs. 36/2023, tale ultima disposizione stabilisce che «Per garantire la effettiva partecipazione delle micro, delle piccole e delle medie imprese, anche di prossimità, gli appalti sono suddivisi in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. 2. Nel bando o nell'avviso di indizione della gara le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. 3. Nel medesimo atto le stazioni appaltanti indicano i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti, avuto riguardo ai parametri indicati al comma 2. È in ogni caso vietato l'artificioso accorpamento dei lotti [...]».

Le previsioni normative richiamate sono espressione di una regola generale di suddivisione dell'appalto in lotti in un'ottica di tutela della concorrenza; la deroga alla regola generale può essere esercitata dalla stazione appaltante attraverso l'adempimento di un onere di motivare la scelta discrezionale di procedere all'affidamento di un unico lotto. Tale disposizione delinea quindi il principio secondo cui la stazione appaltante deve privilegiare la suddivisione della gara in lotti funzionali, laddove non sussista un valido e comprovato vantaggio economico per l'amministrazione.

Come evidenziato dall'Autorità (con avviso espresso in ordine al previgente Codice ma con indicazioni utili anche in relazione al d.lgs. 36/2023) «... La norma indica i presupposti di una legittima suddivisione in lotti stabilendo che *il lotto abbia natura funzionale, sia possibile appaltarlo autonomamente, la suddivisione risponda ad una scelta conveniente*. La stazione appaltante è chiamata ad esercitare la sua scelta discrezionale in ordine alla mancata suddivisione in lotti dandone motivazione nella determinazione a contrarre. L'esercizio della discrezionalità deve avvenire nel rispetto dell'interesse pubblico perseguito con l'affidamento nonché di quei principi di concorrenza, par condicio e non discriminazione previsti dallo stesso art. 2 del Codice (Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1101). *L'articolazione dell'appalto in più parti deve garantire che ogni singola frazione abbia una funzionalità che ne consenta l'utilizzazione compiuta, mentre è precluso il frazionamento quando le frazioni sono inserite in una prestazione che può assumere valore e utilità solo se unitariamente considerata.* (...) il frazionamento deve essere possibile sul piano tecnico, e in particolare la prestazione resa da più operatori dovrà rispettare in ogni caso standard qualitativi maggiori o almeno equivalenti a quelli rinvenibili nella prestazione resa da un unico operatore. La norma in esame, quindi, da un lato favorisce la suddivisione in lotti e dall'altro intensifica l'onere motivazionale delle stazioni appaltanti, che dovranno espressamente giustificare l'articolazione dell'appalto con riferimento alle condizioni poste dal Codice. (...)» (parere prec 207/2015 e Parere sulla normativa AG 18/12).

Si ricorda a tal proposito che «la giurisprudenza qualifica come illegittimo il comportamento dell'amministrazione che nel bandire una pubblica gara suddivide la stessa in parti "prive di autonomia funzionale" e della "idoneità a essere utilizzati autonomamente, anche senza il completamento delle restanti frazioni" (Cons. St., sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681). Il supremo consesso della giustizia amministrativa riconosce alle amministrazioni la libertà di frazionare l'unitario appalto in più lotti, ma invita le stesse a predisporre il bando considerando i lotti come parti di una prestazione unitaria, al fine di determinare la soglia comunitaria (...)» (parere AG18/12).

È appena il caso di aggiungere a quanto sopra che anche di recente questa Autorità, dopo aver ribadito che sulla base dell'art. 35 commi 5, 6 e 9 del d.lgs. 50/2016, in caso di contemporaneo affidamento di una pluralità di contratti di appalto di servizi o forniture, anche mediante lotti distinti, si deve computare il valore complessivo degli stessi, espletando procedure di gara, ove tale valore superi la soglia comunitaria, ha ulteriormente chiarito 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)" (Delibera ANAC 628/2021)» (delibera n. 34/2022).

Pertanto, la scelta di suddividere un appalto in lotti è demandata alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice la quale dovrà valutare caso per caso la sussistenza o meno

delle condizioni favorevoli alla suddivisione dell'appalto dandone conto nella determina a contrarre. In ogni caso la suddivisione in lotti, anche quella diretta a favorire l'accesso al mercato da parte delle piccole/medie imprese, non dovrà violare il divieto di frazionamento artificioso dei contratti pubblici, nel senso sopra indicato (parere AG 18/2012).

Alla luce di quanto sopra, in relazione al quesito sollevato nell'istanza, riferito alla possibilità di affidare separatamente le diverse forniture inerenti l'appalto finalizzato alla realizzazione di "laboratori green, sostenibili e innovativi", secondo le disposizioni richiamate, tali forniture possono formare oggetto di affidamento mediante lotti separati, ove rispondenti alle caratteristiche di autonomia e funzionalità sopra indicate, 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.

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

Atto firmato digitalmente