



Presidente

Al Comune di Affile
Via Monte Duomo, 1

Alla c.a. del Segretario Comunale e R.P.C.T.
(omissis)

Alla c.a. del Responsabile dell'Area Tecnica
(omissis)

Fasc. Anac n. 2051/2024

Oggetto

S.A. Comune di Affile - Attività di vigilanza ex art. 222, comma 3 del d.lgs. 36/2023 - Affidamenti diretti di servizi di ingegneria e architettura – Nota di definizione ex art. 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia dei contratti pubblici di cui alla delibera n. 803 del 4 luglio 2018 pubblicato nella G.U. n. 241 del 16 ottobre 2018 e successive modifiche.

Nell'esercizio dell'attività di vigilanza, di cui all'art. 222, comma 3 del d.lgs. 36/2023, in data 2 aprile 2024, sono state acquisite sei segnalazioni di cui ai protocolli ANAC n. 41757 G. (omissis) quadrante NORD, n. 41754 G. (omissis) quadrante SUD, n. 41755, G. (omissis) quadrante EST, n. 41612, V. (omissis) quadrante NORD, n. 41645 T. (omissis) quadrante SUD, n. 41634 M. (omissis) quadrante EST, nelle quali si contestavano i numerosi affidamenti diretti di servizi di ingegneria del Comune di Affile.

Nel primo gruppo di tre segnalazioni (prot. Ili 41757, 41754, 41755) si riportava che con determine del **6 settembre 2022**, nn. 151, 153 e 156, venivano affidati direttamente alla medesima impresa G. (omissis), tre incarichi aventi ad oggetto indagini geognostiche dei quadranti NORD, SUD ed EST; trattasi quindi di tre appalti di servizi/incarichi, riferiti al medesimo CUP, ed affidati alla medesima impresa, aventi ad oggetto esecuzione «*rilevi, accertamenti, indagini*» messa in sicurezza dei Quadranti NORD SUD ed EST- *affidamento indagini geognostiche*; tutte e tre le determine (nn. 151,153,156) fissavano il medesimo importo contrattuale pari ad euro 20.244,74 ognuno, per un totale di euro **60.734,22**.

Nel secondo gruppo di tre segnalazioni (prot. Ili 41612, 41645, 41634) si rappresentava che con determine sempre del **6 settembre 2022**, nn. 149, 152, 155, venivano affidati direttamente, previa consultazione di tre OE, all'ing. V. (omissis), alla T. srl (omissis) e all'ing. M. (omissis) tre appalti di servizi aventi ad oggetto «*rilevi, accertamenti ed indagini nonché progettazione definitiva ed esecutiva e supporto al Rup*» per la messa in sicurezza del Quadrante SUD, EST e NORD rispettivamente di importo pari ad euro 107.147 – 107.749,64 – 105.796,65, per un totale di euro **320.693,29**.

Trattandosi di importi stimati inferiori a 139.000 euro, il Comune ha ritenuto possibile procedere all'affidamento diretto degli incarichi, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. a) del DL 16 luglio 2020, n. 76 conv. in l. 11 settembre 2020.

Pur prendendo atto dell'avvenuta concessione di tre diversi finanziamenti da parte del Ministero dell'Interno, di intesa con il Mef, nell'esercizio dell'attività di vigilanza, di cui all'art. 222, comma 3 del d.lgs.

36/2023, si rendeva necessario acquisire elementi informativi afferenti alla coerenza di detti affidamenti diretti di servizi di ingegneria con il dettato normativo.

È stato quindi chiesto con nota prot. ANAC n. 58959 del 23 maggio 2024 alla Stazione Appaltante di chiarire la conformità dell'operato del Comune alla normativa applicabile *ratione temporis* nonché al divieto di frazionamento artificioso degli incarichi.

Si chiedeva, altresì, di chiarire con quali modalità il Comune avesse ritenuto di conformarsi al principio di rotazione di cui all'art. 36 del d. lgs. 50/2016 e alle linee guida ANAC n. 4, quantomeno per le determine nn. 151, 153 e 156, tutte e tre del 6 settembre 2022 per l'esecuzione delle indagini geognostiche per i quadranti NORD, SUD ed EST, che riguardano il medesimo affidatario G (omissis).

Si domandava, quindi, all'Amministrazione di fornire una puntuale e dettagliata relazione concernente gli elementi informativi sopra richiesti con specifiche controdeduzioni in ordine ai rilievi formulati, oltre che lo stato di avanzamento delle tre progettazioni, oggetto dei suddetti affidamenti, entro il termine di venti giorni, decorrenti dal ricevimento della richiesta informativa operata.

Con nota prot. ANAC n. 63989 del 6 giugno 2024, codesta Stazione appaltante chiedeva la proroga del termine per l'adempimento, richiesta che veniva accolta con nota prot. ANAC n. 64911 del 10 giugno 2024 con cui si prorogava di trenta giorni il termine per l'adempimento.

Con note acquisite al protocollo dell'Autorità nn. 81892 e 81897 del 12 luglio 2024, il Comune di Affile rispondeva, rappresentando che in data 10 marzo 2022, con deliberazioni nn. 16,17,18, la Giunta Comunale, dopo aver approvato il quadro tecnico economico delle opere inerenti gli interventi di messa in sicurezza e mitigazione del rischio idrogeologico del centro storico di Affile, suddividendoli in quadranti - rispettivamente Nord, Est e Sud- e dopo aver approvato il relativo quadro economico pari ad euro 1.300.000,00, di cui euro 929.998,70 per lavori ed euro 370.001,30 per somme a disposizione, formulava al Ministero dell'interno, di concerto con il MEF, la richiesta di finanziamento per la progettazione definitiva ed esecutiva degli interventi.

Ricevuti i finanziamenti (decreti Min Interno e MEF del 10 giugno 2022) pari ad euro **165.197,54** per ognuno di detti interventi, il Responsabile dell'Area Tecnica avviava in data **25 agosto 2022** tre consultazioni informali, una per ognuno dei quadranti NORD, EST, SUD, richiedendo a tre professionisti per ogni quadrante, la presentazione di una offerta.

Pertanto, con determinazione n. 149 del **6 settembre 2022**, la SA affidava all'ing. V. (omissis) l'incarico per la progettazione definitiva ed esecutiva per la messa in sicurezza e mitigazione del rischio idrogeologico dell'intervento del quadrante NORD del centro storico per euro **107.147,00**, oltre oneri previdenziali ed IVA di legge. Detto progetto esecutivo è stato approvato con deliberazione GM n. 68 del 9.11.2023.

Con determinazione n. 152 del **6 settembre 2022**, la SA affidava alla T. srl (omissis) l'incarico per la progettazione definitiva ed esecutiva per la messa in sicurezza e mitigazione del rischio idrogeologico dell'intervento del quadrante SUD del centro storico per euro **107.749,64**, oltre oneri previdenziali ed IVA di legge. Detto progetto esecutivo è stato approvato con deliberazione GM n. 73 del 30.11.2023.

Con determinazione n. 155 del **6 settembre 2022**, la SA affidava all'ing. M. (omissis) l'incarico per la progettazione definitiva ed esecutiva per la messa in sicurezza e mitigazione del rischio idrogeologico dell'intervento del quadrante EST del centro storico per euro **105.796,65**, oltre oneri previdenziali ed IVA di legge. Detto progetto esecutivo è stato approvato con deliberazione GM n. 1 del 16.1.2024.

Prosegue la Stazione appaltante chiarendo che " *la redazione della progettazione relativa ad interventi di mitigazione del rischio idrogeologico era necessario acquisire prioritariamente uno studio geologico delle aree di intervento previa acquisizione di indagini geognostiche che richiedono l'utilizzo di strutture specialistiche per cui, tenuto conto del limitato tempo a disposizione, (n.d.r. tre mesi art. 3 decreto 10 giugno 2022) previa indagine di mercato (n.d.r. non risultante però dalla determina di affidamento) ha proceduto all'affidamento dell'incarico per l'effettuazione delle indagini geognostiche alla società GEORES*

relativamente a tutti gli interventi finanziati dal ministero per il corrispettivo cadauno di euro 16.594,05 oltre IVA 22%”

Pertanto, per le indagini geognostiche, mancando un elenco di operatori economici operanti nel settore, la S.A. ha ritenuto di rivolgersi ad un unico operatore economico che assicurasse *“l'uniformità di livello di prestazione”*.

CONSIDERAZIONI

La frammentazione della commessa avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva degli interventi di messa in sicurezza e mitigazione del rischio idrogeologico nel centro storico di Affile (suddiviso in tre quadranti) in tre affidamenti diretti a tre diversi progettisti, pare aver eluso il divieto di frazionamento artificioso.

Infatti, tra i tre servizi di progettazione definitiva ed esecutiva (Quadrante, Nord Sud Est) , affidati direttamente, vi è una relazione di continenza, che li rende riconducibili sostanzialmente ad un servizio tecnico unico, finalizzato alla progettazione definitiva ed esecutiva degli interventi di messa in sicurezza e mitigazione del rischio idrogeologico nel centro storico di Affile .

La somma dei relativi importi a base d'asta di cui alle suddette determine (149,152,155) è pari ad **euro 320.693,29** e dunque superiore alla soglia di euro 139.000 prevista dalla normativa allora in vigore per l'affidamento diretto dei servizi, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione.

Si rammenta, infatti, che alla data del 25 agosto 2022, in deroga all'art. 36, comma 2 e 157, comma 2 del d.lgs. 50/2016, vigeva l'art. 1, comma 2, lett. a) e b) del DL 16 luglio 2020, n. 76 conv. in l. 11 settembre 2020, come modificato dall'art. 51, co. 1, lett. a) n. 2.2) del DL 31 maggio 2021 n. 77 conv. in l. 29 luglio 2021 n. 108 il quale prevedeva per i servizi di ingegneria e architettura l'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori, per importi inferiori a 139.000 euro (lett. a) e la procedura negoziata senza bando per importi superiori a 139.000 euro e fino alla soglia comunitaria pari ad euro 215.000 euro (perché trattasi di stazione appaltante subcentrale) (lett. b).

Pertanto, sopra soglia comunitaria, la normativa allora vigente prevedeva la procedura aperta.

Viceversa, la stazione appaltante, proprio in virtù del frazionamento artificioso delle prestazioni da essa operato, ha affidato direttamente il servizio tecnico di progettazione per ognuno dei tre quadranti invece di procedere con la procedura aperta comunitaria.

Nella specie, trattandosi di un'unica prestazione (affidamento del servizio di progettazione), difettavano i presupposti per l'affidamento diretto, in ragione del fatto che il complessivo importo, pari ad **euro 320.693,29**, relativo al valore dei tre affidamenti aggregati, superava la soglia prevista dalla legge (139.000) per l'affidamento diretto, rientrando invece nella soglia comunitaria, per la quale era prevista la procedura aperta.

Pertanto, la stazione appaltante ha posto in essere un frazionamento artificioso dell'appalto in esame, al fine di modificare, abbassandola, la soglia di applicazione della disciplina di affidamento e procedere con un affidamento diretto, invece di ricorrere alla procedura aperta.

Nonostante l'identità del servizio di progettazione, la Stazione appaltante ha inteso ripartire gli interventi su base territoriale, cosa che non giustifica tuttavia il diverso metodo di calcolo utilizzato dalla stessa per addivenire alla quantificazione della base d'asta e che ha condotto all'affidamento dei contratti mediante procedure “sotto soglia” (affidamenti diretti), ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. a) del DL 16 luglio 2020, n. 76 conv. in l. 11 settembre 2020, come modificato dall'art. 51, co. 1, lett. a) n. 2.2) del DL 31 maggio 2021 n. 77 conv. in l. 29 luglio 2021 n. 108, invece che tramite procedure aperte.

Diversamente, e come già detto, laddove la Stazione appaltante avesse tenuto conto dell'importo complessivo dei servizi di progettazione da affidare, avrebbe dovuto svolgere un'unica procedura di affidamento soprasoglia.

Pertanto, l'artificioso frazionamento della commessa ha comportato una elusione del principio della corretta stima della base d'asta. Infatti, laddove il Comune avesse correttamente stimato la base d'asta ai sensi dell'art. 35 co. 7 del d. lgs. 50/2016, affidando un'unica commessa di progettazione per la realizzazione di lavori di messa in sicurezza del centro storico di Affile per un importo complessivo di euro **320.693,29** avrebbe dovuto espletare una procedura aperta, come previsto per gli appalti soprasoglia comunitaria.

Si rammenta sul punto la delibera Anac n. 774 del 24 novembre 2021 secondo cui 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".

La sottrazione all'evidenza pubblica, operata in virtù del suddetto frazionamento artificioso, appare quindi in contrasto con la normativa applicabile *ratione temporis*, in quanto si è proceduto ad aggiudicare i contratti con procedura meno competitiva di quella prevista per i contratti di importo superiore, restringendo in tal modo la concorrenza tra gli operatori economici.

Si ritiene, lo si ribadisce, che il Comune ben avrebbe potuto perseguire l'interesse pubblico alla realizzazione di detti interventi mediante lo svolgimento di un'unica procedura ad evidenza pubblica, suddividendola semmai in lotti ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. 50/2016, ma stimando correttamente la base d'asta in conformità con quanto previsto dall'art. 35 commi 1, 4, 6 del d.lgs. 50/2016 secondo il quale la stima del valore dell'appalto, da effettuare all'avvio della procedura di affidamento, non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione del d.lgs. 50/2016 e che *"un appalto non può essere frazionato allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustificino"*; il principio risulta ribadito anche, di recente, all'art. 14 comma 6 del d. lgs. 36/2023.

Sul punto, la giurisprudenza ha ritenuto che *"il frazionamento costituisce soluzione in ipotesi percorribile ma a condizione di rendere una adeguata motivazione giustificatrice del frazionamento stesso"* (Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 2023 n. 4791).

Risulta di tutta evidenza che, quanto affermato dalla S.A. nelle proprie controdeduzioni - secondo cui *"il Comune non ha eseguito alcun frazionamento artificioso degli incarichi in quanto si è trattato di 3 procedimenti autonomi e distinti tra loro che hanno interessato 9 professionisti non in situazione di controllo tra loro"* - sia privo di pregio e non rappresenti una motivazione giustificatrice del frazionamento, considerato anche che tra le ragioni oggettive non pare rientrare l'assenza di "controllo" tra professionisti. A fronte di quanto sopra evidenziato, deve pertanto rilevare il sussistere della violazione del divieto di frazionamento artificioso, atteso che, come affermato dal Consiglio di Stato *"In assenza di motivazione sulle ragioni del frazionamento, l'artificialità del medesimo può essere dimostrata in via indiziaria..."* (Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2024, n. 1393; cfr anche Consiglio di Stato, Sez. V, 27 luglio 2021, n. 5561, note a firma del Presidente prot. ANAC n. 58618 del 6 luglio 2022 e prot. ANAC n. 31378 del 27 aprile 2022).

L'Autorità si è spesso occupata del frazionamento artificioso degli affidamenti (Delibere 1199/2019, 248/2021, 359/2021, 628/2021, 666/2021 e 774/2021, nonché note a firma del Presidente prot. 58618 del 15.7.2022 e 47470 del 17.4.2024) - sempre ribadendo, anche sotto diversi e convergenti profili, le sopraesposte argomentazioni.

È opportuno ricordare, inoltre, che il frazionamento comporta sovente un costo maggiore sia per la Stazione appaltante che per la collettività, poiché in una procedura di importo superiore, gli oneri

diminuiscono sensibilmente, nella maggioranza dei casi, in ragione delle economie di scala che possono generarsi come diretta conseguenza di ciò.

Sul punto si rammenta anche la delibera ANAC n. 666 del 28 settembre 2021 secondo cui " *il ricorso a micro affidamenti diretti di breve durata in luogo di un affidamento di dimensione tecnico/economica più consistente da esperire con le ordinarie procedure ad evidenza pubblica (anche a lotti o accordo quadro) inevitabilmente priva l'amministrazione di poter beneficiare dei risparmi di spesa discendenti dall'effettuazione dei ribassi di gara con conseguente compromissione del principio di economicità*".

Merita, infine, richiamare il contenuto delle Linee Guida n. 4 dell'Autorità riguardo alle " *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*", laddove si rileva 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*".

Alla luce di quanto sopra esposto, si rilevano apprezzabili criticità nell'operato del Comune di Affile che non risulta in linea con i principi generali espressi dall'art. 35, commi 4,6,7 del d. lgs. 50/2016 del divieto di frazionamento artificioso e della corretta stima del valore dell'appalto e nonché con le previsioni dell'art. 1, comma 2, lett. a) e b) del DL 16 luglio 2020, n. 76 conv. in l. 11 settembre 2020, come modificato dall'art. 51, co. 1, lett. a) n. 2.2) del DL 31 maggio 2021 n. 77 conv. in l. 29 luglio 2021 n. 108, con la conseguente possibile compromissione dei principi generali in materia di affidamento dei contratti pubblici ed in particolare trasparenza, concorrenza e *par condicio*.

In attuazione del relativo deliberato consiliare del 30 settembre 2024, si comunica quindi la definizione del presente procedimento, raccomandando alla stazione appaltante, per i futuri affidamenti, di tenere conto di quanto specificamente dedotto e rilevato nella presente nota, e di conformarsi alle considerazioni sopra svolte, in riferimento alla corretta applicazione del principio del divieto di frazionamento artificioso dell'appalto e del corretto calcolo delle soglie di importo per la scelta delle procedure di affidamento, in vista di un più puntuale adeguamento ai suddetti principi e rispetto della normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente