Comune di Catanzaro

IL SEGRETARIO GENERALE

Responsabile Comunale della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza

Ai Sigg. Dirigenti

E p.c.,

Al Sig. Sindaco

Al Nucleo di Valutazione

LORO SEDI

Oggetto: Direttiva Anticorruzione n. 4/2021.
Metodi di calcolo del valore stimato di un appalto e divieto di frazionamento artificioso delle prestazioni.

Con nota prot. n. 64038 del 10/06/2021 il Settore Affari Generali, Contratti, SUAC ha rappresentato che l'ANAC, con nota prot. n. 43997/21/AO11, acquisita al protocollo generale dell'Ente in data 08/06/2021 al n. 63185, ha comunicato gli esiti di una indagine volta alla verifica del rispetto delle disposizioni contenute nel Codice dei Contratti e relative al metodo di calcolo del valore stimato degli appalti.

In particolare, l'indagine, che ha interessato l'Ente congiuntamente a tutte le stazioni appaltanti operanti sul territorio nazionale, ha riguardato i dati relativi ad appalti pubblici di forniture e servizi in economia, affidati mediante procedura diretta o negoziata nel periodo gennaio-dicembre 2019, ciascuno inferiore alla soglia comunitaria, che presentavano carattere di regolarità o che risultavano reiterati nell'arco temporale di riferimento e nel complesso superavano la soglia di legge.

Sul punto, l'Autorità ha colto l'occasione per delineare la disciplina normativa dettata dal Codice dei contratti pubblici, richiamando l'attenzione dell'Ente sul pedissequo rispetto del dato normativo.

In linea generale, è possibile affermare che il Codice dei contratti pubblici prevede, all'articolo 51, co.1, che le Stazioni Appaltanti, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, abbiano l'onere di suddividere gli appalti in lotti funzionali.

Il cd. "*lotto funzionale*", ai sensi dell'art. 3 del Codice stesso, è, uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti (Cons. Stato, Sez. II, 7 novembre 2007, n. 2803). Ne deriva che il Codice vigente considera quale ipotesi ordinaria e regolare la suddivisione in lotti funzionali o prestazionali di un appalto che preveda due o più specializzazioni operative e condiziona la deroga all'ordinaria suddivisione in lotti alla formulazione di una specifica motivazione.

Tuttavia, la disciplina così definita trova un esplicito limite: l'art. 35 del D. Lgs. 50/2016 ss.mm.ii. contiene specifiche previsioni in ordine al metodo di calcolo del valore stimato degli appalti per evitare che le Stazioni Appaltanti possano sottrarsi all'applicazione delle norme che il Codice prefigura per gli affidamenti di importo pari o superiore alle soglie comunitarie.

Sul punto, l'art. 35, co. 6, del D. Lgs. n. 50 del 2016, fissando una norma di chiusura ostativa ad un'applicazione strumentale del criterio di calcolo del valore di un appalto, prescrive in modo inequivocabile che "*la scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto o concessione non può esser fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione delle disposizioni del presente codice relative alle soglie europee. Un appalto non può esser frazionato allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino*".

Del resto, anche la disposizione finale del primo comma dell'art. 51 del D. Lgs. n. 50 del 2016 precisa che "*è fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice*". Mediante tale norma si preclude l'insorgenza di distorsioni nell'applicazione e contestualmente si impedisce che, dietro un formale ossequio al disposto normativo, i principi comunitari vengano in realtà disattesi.

Il Legislatore ha espressamente vietato il frazionamento artificioso della spesa con il quale una commessa unitaria, nella quale rientrano diverse prestazioni di importo complessivo superiore alle soglie comunitarie, viene artatamente suddivisa in due o più contratti da veicolare in distinte procedure di affidamento, ciascuna di importo inferiore alla soglia comunitaria al fine di gestirle con le più flessibili regole delle procedure meno competitive.

A tal riguardo, l'art. 30, comma 1, del Codice, oltre ad indicare che l'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del Codice garantisce la qualità delle prestazioni e deve svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, tempestività e correttezza, specifica che le Stazioni Appaltanti rispettano altresì i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché di pubblicità.

Difatti, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha più volte avuto modo di chiarire 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: "*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).

In particolare, se la valorizzazione della natura funzionale del lotto ha il pregio di favorire l'efficienza e l'economicità dell'appalto perché evita un dispendio di risorse economiche, la valorizzazione della natura prestazionale del lotto favorisce, invece, le diverse categorie o specializzazioni richieste. Per cui l'autonomia dei singoli lotti deve esprimere l'attitudine di ciascuno di essi a soddisfare, sebbene in parte, l'interesse della Stazione Appaltante per la capacità di esprimere una distinta caratterizzazione sul piano economico e sul piano operativo.

Ne deriva che l'articolazione di un appalto in più parti non è una semplice operazione materiale lasciata alla discrezionalità amministrativa, dovendo invece garantirsi che ogni singola frazione abbia una funzionalità che ne consenta un'utilizzazione compiuta. **Da qui il divieto di frazionamento quando le singole parti sono componenti di una prestazione che può assumere valore e utilità solo se unitariamente considerata.**

A tal proposito, anche per dare concreta attuazione alle considerazioni dettate dall'ANAC in termini di corretta programmazione degli acquisti, con particolare attenzione alla definizione del fabbisogno in relazione all'oggetto degli appalti specialmente in quei casi di ripartizione in lotti, contestuali o successivi, o di ripetizione dell'affidamento nel tempo, **la presente Direttiva ha l'intenzione di richiamare le SS.LL. al rispetto della normativa vigente a riguardo, precisando che, come indicato dalla giurisprudenza più recente, la frammentazione di un unico contratto di valore pari o superiore alla soglia comunitaria in lotti di valore inferiore, le quali verrebbero conseguentemente aggiudicati con procedure meno competitive, è considerata una pratica che da una parte rende illegittima la procedura ad evidenza pubblica e dall'altra comporta per i soggetti responsabili della stessa la possibile integrazione del reato di abuso d'ufficio previsto dall'articolo 323 del c.p.**

Il Segretario Generale
Dott.ssa Vincenzina Sica
(Con firma autografa in atti, prot. n. 95876 del 06/07/2021)