

*La suddivisione in lotti dell'appalto
nell'ordinamento italiano*

prof. avv. Fabio Cintioli
Ordinario di Diritto Amministrativo

Roma, 25 settembre 2012 - Convegno IGI, Roma

- Spinte contrastanti nella legislazione statale a proposito della suddivisione in lotti: dal *favor* per l'unitarietà e non frammentazione al *favor* per la suddivisione.

- Nel primo senso: l'art. 29, comma 4, 6, 7 lett. a) e b), del d. lgs. n. 163 del 2006:
 - (i) *Nessun progetto d'opera nè alcun progetto di acquisto volto ad ottenere un certo quantitativo di forniture o di servizi può essere frazionato al fine di escluderlo dall'osservanza delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non vi fosse stato.*

- ii. *Il valore delle forniture o dei servizi non necessari all'esecuzione di uno specifico appalto di lavori non può essere aggiunto al valore dell'appalto di lavori in modo da sottrarre l'acquisto di tali forniture o servizi dall'applicazione delle disposizioni specifiche contenute nel presente codice.*
- iii. *Per i contratti relativi a lavori, opere, servizi:*
 - a) *quando un'opera prevista o un progetto di acquisto di servizi può dare luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti;*

b) quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 28, le norme dettate per i contratti di rilevanza comunitaria si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto;

-Sempre nel primo senso: l'art. 128, comma 7, del medesimo d. lgs.:

(i) Un lavoro può essere inserito nell'elenco annuale, limitatamente ad uno o più lotti, purché con riferimento all'intero lavoro sia stata elaborata la progettazione almeno preliminare e siano state quantificate le complessive risorse finanziarie necessarie per la realizzazione dell'intero lavoro. In ogni caso l'amministrazione aggiudicatrice nomina, nell'ambito del personale ad essa addetto, un soggetto idoneo a certificare la funzionalità, fruibilità e fattibilità di ciascun lotto.

- Nel secondo senso: art. 13, comma 2, lett. a), della legge 11 novembre 2011 (c.d. Statuto delle imprese):
 - (i) Nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese, la pubblica amministrazione e le autorità competenti, purchè ciò non comporti nuovi o maggiori oneri finanziari, provvedono a:*
 - a) suddividere, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 29 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, gli appalti in lotti o lavorazioni ed evidenziare le possibilità di subappalto, garantendo la corresponsione diretta dei pagamenti da effettuare tramite bonifico bancario, riportando sullo stesso le motivazioni del pagamento, da parte della stazione appaltante nei vari stati di avanzamento;*

- Ancora nel secondo senso: art. 2 (intitolato ai *principi*), comma 1 *bis*, del d. lgs. n. 163 del 2006:
 - (i) *Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese*⁽¹⁾.

(1) Comma inserito dall'articolo 44, comma 7, del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 e successivamente modificato dall'articolo 1, comma 2, del D.L. 6 luglio 2012 n. 95.

- Impostazione del tema:

(i) quali sono gli interessi tutelati dal legislatore?

(ii) quali vincoli si pongono a carico della stazione appaltante e dunque qual è la regola e quale l'eccezione?

(iii) quale scenario si apre per il giudice amministrativo in relazione agli obblighi di motivazione ed alla discrezionalità della stazione appaltante?

- La disciplina contabilistica: artt. 43 e 37 del r.d. 23 maggio 1924 n. 827:

(i) *Le speciali necessità da farsi constare nel decreto di approvazione del contratto e la suddivisione in lotti come eccezione;*

(ii) *La suddivisione ammessa quando ciò sia riconosciuto più vantaggioso per l'amministrazione;*

(iii) *Conseguenze sul piano dell'interesse tutelato, del rapporto tra regola ed eccezione, degli obblighi di motivazione e del controllo*⁸

- L'art. 14, comma 7 della legge quadro n. 109 del 1994 e l'attuale art. 128, comma 7, del codice: il requisito della funzionalità: il lotto deve avere una sua autonomia e funzionalità. Esempi: infrastrutture per la viabilità ed edifici a struttura complessa composti da più parti funzionalmente autonome (ad es., campus scolastici e complessi industriali). Un primo argomento: evitare inefficienze ed inutile dispendio di denaro pubblico con la realizzazione solo parziale dell'opera. (AVCP Determinazione n. 5 del 9 giugno 2005).

- Altri argomenti a sostegno del *favor* per la unitarietà dell'appalto, volte ad impedire l'effetto *elusivo* derivante dalla frammentazione:
 - (i) assicurare il rispetto delle norme imperative che disciplinano la selezione dell'appaltatore nell'appalto di lavori: in particolare i limiti alla trattativa privata. Evitare pregiudizi alla concorrenza;
 - (ii) assicurare il rispetto della disciplina comunitaria per quanto concerne la previsione delle soglie e l'identità funzionale dell'appalto, di lavori o servizi o forniture.

- Altre ragioni concrete, sempre basate sulla logica della funzionalità, a favore della unitarietà e contro la suddivisione in lotti:
 - (i) difficoltà per la Stazione appaltante nella conclusione e “gestione” di più contratti;
 - (ii) frazionamento delle responsabilità contrattuali, possibile aumento del contenzioso;
 - (iii) difficoltà nel coordinamento e nella gestione del cantiere. Il caso delle opere di urbanizzazione “a scomputo”.

- La regola di fondo: l'autonomia funzionale del lotto.
- Le differenze tra suddivisione in lotti, ammessa secondo il criterio della funzionalità e fruibilità separata, e lo scorporo. Lo scorporo non è neppure una suddivisione in lotti dell'opera, ma una sua esecuzione mediante appalti parziali che non rispettano il criterio della funzionalità. *Ad esempio: la stazione appaltante affida, con appalti separati, da un lato la realizzazione della parte edile di un'opera pubblica e dall'altro l'esecuzione delle opere impiantistiche.* Ammesso solo in casi assolutamente eccezionali, per lavori ad alta specializzazione tecnica o artistica, come i lavori di restauro di immobili e di superfici decorate di beni architettonici (AVCP Determinazione n. 5 del 9 giugno 2005).

- Gli interessi tutelati: la tutela della concorrenza accanto all'interesse della P.A. L'unitarietà è la regola, la suddivisione l'eccezione. La motivazione si impone per giustificare la frammentazione.

- La giurisprudenza, pronunciandosi su altrettante impugnazioni di bandi di gara, talvolta in fattispecie arricchite da prestazioni di servizi e di forniture, inizia ad aprire un varco; questo al tempo della scoperta del *global service* e del *general contractor*. Di fronte ad un oggetto forse troppo ampio ed eterogeneo dell'appalto (e quindi non *funzionale*) il rischio è quello:

(i) di un accentramento economicamente inefficiente dei compiti in fase esecutiva;

(ii) di una eccessiva restrizione del mercato sul fronte dei partecipanti;

- (iii) del consolidamento e/o rafforzamento di posizioni dominanti;
 - (iv) di un *vulnus* al principio che favorisce la massima partecipazione alle gare pubbliche.
- Sicché può essere illegittima, se irragionevole, non proporzionata e non ben motivata, anche la scelta a favore della unitarietà.

- TAR Lazio 11 marzo 2004 n. 2375 (caso Grandi Stazioni Spa), ... *non basta predicare l'unitarietà strategica degli interventi per dimostrare la necessità di trattarli tutti in un unico appalto. Occorre piuttosto dimostrare che l'accorpamento sia preferibile a fronte di altre soluzioni industriali possibili e che l'eterogeneità dei lavori, pur se da realizzare in contesti geografici, urbanistici ed architettonici variegati ed irriducibili, sia un costo comunque superabile dai benefici dell'unica procedura.*
- Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2004, n. 3188; Id. sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1101: *la suddivisione in lotti di un'opera non è in se illegittima, imponendo comunque l'applicazione del diritto comunitario se la somma degli importi dei singoli lotti supera la soglia comunitaria.*

- TAR Catanzaro, sez. II, 22 aprile 2009, n. 329: *La suddivisione in lotti di un'opera non deve essere considerata in sé illegittima, nella misura in cui la stessa non si risolve nella violazione, tra l'altro, dei principi della libera concorrenza* (in un caso in cui si voleva evitare che il soggetto che avesse costruito l'impianto venisse a realizzare anche, tra l'altro, l'impianto di telecontrollo).
- TRGA Trento, 31 luglio 2006, n. 257, a proposito delle gare in lotti per l'affidamento della gestione della distribuzione di carburante ed attività connesso lungo l'Autobrennero, riconosce la legittimità della suddivisione in lotti al fine di tutelare la concorrenza ed assicurare il venir meno di posizioni dominanti.

- Lo scenario desunto da questa giurisprudenza:
 - (i)permane del criterio della funzionalità;
 - (ii)conferma, accanto all'interesse della Stazione appaltante, un interesse alla tutela della concorrenza;
 - (iii)incrina il principio secondo cui l'unitarietà e l'aggregazione in un unico lotto è la regola e la suddivisione in lotti è l'eccezione;
 - (iv)ammette talvolta l'obbligatorietà della motivazione al fine di poter aggregare anziché suddividere.

- Il nuovo *favor* per la suddivisione in lotti. Gli interessi sostanziali identificati dal legislatore in modo trasparente. La “fuga” dal subappalto.
- Un presupposto del modello: una Amministrazione ed una Stazione appaltante “forte”, ben organizzata, in grado di esprimere un potere decidente e di operare quale *general contractor*.
- La diversità della situazione sostanziale del nostro ordinamento rispetto a quello di altri Paesi UE: le difficoltà “decisionali” della P.A., le difficoltà del nostro pluralismo, i fattori esterni di responsabilità.
- I ricordati inconvenienti pratici della suddivisione in lotti.

-Un quesito di fondo: con le norme del 2011 siamo addirittura ormai oltre il criterio dell'*autonomia funzionale*, anche in considerazione del fatto che l'art. 2 è dedicato ai *principi*?

- Risposta negativa:

- (i) l'art. 13, comma 2, richiama l'esigenza di non determinare comunque *nuovi o maggiori oneri finanziari*, fa salvo il disposto dell'art. 29 ed ovviamente in principio reca anche la clausola di salvezza per la normativa dell'Unione europea;
- (ii) L'art. 2, comma 1 *bis*, stabilisce che le stazioni appaltanti devono suddividere in lotti *ove possibile ed economicamente conveniente*;
- (iii) Non può configurarsi un effetto abrogativo degli artt. 29 e 128, neppure in via tacita. Uno dei principali obiettivi della funzionalità è evitare sprechi di denaro pubblico e di assicurare scelte economicamente efficienti.

- Tutto come prima? Risposta non agevole.
- Accanto all'interesse della Stazione appaltante, all'interesse alla tutela della concorrenza compare l'interesse specifico delle piccole e medie imprese. Ma la disciplina sulla scelta del contraente della P.A. è ancor oggi dominata, da un lato dai principi di imparzialità e buon andamento (e dai suoi sottoprincipi, tra cui quello della economicità dell'azione amministrativa) dall'altro dai principi comunitari, che pongono in primo piano l'interesse alla tutela della concorrenza intesa come *competition on the merits* e con una proiezione a favore di tutte le imprese, senza specificazioni.
- L'interesse delle piccole e medie imprese è esplicitato e costituisce uno degli interessi privati secondari che entrano in ponderazione con l'interesse pubblico primario.

Le novità normative del 2011 scaricano il problema del rapporto tra regola ed eccezione sul piano concreto e sulla applicazione dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza.

L'obbligo di motivazione della determina a contrarre (art. 11, comma 1, codice contratti pubblici) tende ad affermarsi (o meglio a confermarsi?) come generale e valido per entrambi i casi, di scelta per l'aggregazione ovvero per la frammentazione.

Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità rimane di legittimità, ovviamente, senza sconfinare nel merito e questo sottolinea l'importanza della motivazione.